COMPENDIO DE DERECHO CIVIL

CONTRATOS

RAFAEL ROJINA VILLEGAS

EX CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL EN LA UNAM, EX MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL IV

CONTRATOS

VIGÉSIMA SÉPTIMA EDICIÓN

CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE
POR LA LIC. ADRIANA ROJINA GARCÍA

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2001

Primera edición, 1962

Derechos reservados © 2001, por
Rafael ROJINA VILLEGAS
Fuego 832, Jardines del Pedregal
01800 México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 2
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-2805-6

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

TITULO I

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

CAPITULO I

CLASIFICACIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

1.—*Definición del contrato.*—El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. Preferimos decir derechos reales y personales, y no derechos patrimoniales, en virtud de que pueden existir derechos personales de contenido extrapatrimonial.

Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, *lato sensu*, comprende ambas funciones. Artículo 1792 del Código Civil vigente en el Distrito Federal "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

Artículo 1793: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

G. Marty, Derecho Civil, traduc. de José M. Cajica, Jr., Editorial José M. Cajica, Jr., Puebla, Pue., Méx., 1952, Teoría General de las Obligaciones, v. I, págs. 23 y 24.

El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Hay derechos no patrimoniales, como son los políticos, los públicos, subjetivos, los de potestad y los del estado civil. El contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos no patrimoniales, y por esto se dice que el matrimonio no es contrato, o bien, es un contrato sui generis, o un acto del estado civil en su aspecto fundamental, y un contrato sólo en sus efectos patrimoniales. Los derechos y obligaciones que engendra el matrimonio pueden ser patrimoniales o no patrimoniales; las obligaciones de fidelidad entre los cónyuges, de vida en común, etc., no son patrimoniales y, sin embargo, son creadas por ese acto jurídico.

En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no sólo hay derechos personales, sino también reales. Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales, y puede haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales. En todos los contratos translativos de dominio, se da nacimiento a derechos personales y reales. Desde luego, la compraventa, como cualquier otro contrato trasiativo de dominio, por definición, transfiere la propiedad del enajenante al adquirente (se parte siempre del supuesto de que el enajenante es el dueño, a efecto de que el contrato sea válido), y al transferir la propiedad, da nacimiento a un derecho real: el derecho de dominio en favor del comprador, del permutante, del donatario, etc. Pero también la compraventa engendra derechos personales, porque tienen los contratantes obligaciones de dar, de hacer y de no hacer: obligaciones de entregar la cosa, de garantizar una posesión pacífica y útil de la misma; de responder de los vicios o defectos ocultos, y de la evicción; y respecto al comprador, pagar el precio, entregarlo en el momento, tiempo y forma convenida, etc. Aquí se trata exclusivamente de obligaciones, es decir, de derechos personales.

Hay contratos, como el mandato, el depósito, el comodato y el arrendamiento, que crean exclusivamente derechos personales.

En los contratos de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio, y en la remuneración de ese trabajo, trátese del mandato o de la prestación de servicios profesionales o no profesionales.

En otros contratos, como el arrendamiento y el comodato, en que se trasmite temporalmente el uso de una cosa, también se originan ex-

clusivamente derechos personales. La transmisión del uso en el arrendamiento o en el comodato, no engendra el derecho real de uso.

Por último, hay contratos que tienen por objeto exclusivamente dar nacimiento a derechos reales. El usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, pueden nacer de contrato; por consiguiente, el contrato que se celebre para constituir estos derechos reales, o para transmitirlos, tendrá sólo esta función específica.

2.—*Principales clasificaciones de los contratos.*—Estas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista. Se distinguen:

1o.—Contratos bilaterales y unilaterales; 2o.—Onerosos y gratuitos; 3o.—Conmutativos y aleatorios; 4o.—Reales y consensuales; 5o.—Formales y consensuales; 6o.—Principales y accesorios; 7o.—Instantáneos y de tracto sucesivo.

"Siendo tantos los aspectos y manifestaciones que la consideración del contrato puede ofrecer, es tarea por demás ardua la de presentar una clasificación única y orgánica, en la que estén enlazadas y coordinadas las diferentes categorías de contratos.

No obstante, se han hecho algunos ensayos a este respecto, tomando como criterio de ordenación, ya el objeto de los contratos (Planiol, Stolffi), ya la causa (Chironi, Barassi), ya los fines (Windscheid, Giorgi).

En la doctrina patria se suele atender para clasificar los contratos, más que al objeto o finalidad de éstos, a sus caracteres abstractos. Es clásica la ordenación de Sánchez Román (en la cual se inspiran, con algunas modificaciones, otros expositores, como De Diego), que distingue tres grandes grupos de contratos; preparatorios, principales y accesorios, subdistinguiendo en los dos últimos grupos los consensuales y los reales, y separando a su vez, dentro de los principales y consensuales, la doble categoría de los conmutativos y los aleatorios". (Derecho Civil Español Común y Foral, José Castán Tobeñas, Madrid 1941, t. III, págs. 5 y 6).

3.—*Contratos unilaterales y bilaterales.*—El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes. (Arts. 1835 y 1836).

"Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colocarse en el momento en que se forma (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 11).

Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque por hechos posteriores, durante la vigencia de ese contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos (denominación

que no consta en nuestros Códigos), son en realidad unilaterales (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, núm. 11; Planiol, t. II, núm. 950; Colin et Capitant, t. II, núm. 14; Ripert et Boulanger, t. II, núm. 71). Tales son el comodato y el depósito cuando son unilaterales (núms. 89 y 91 de este tomo) en los cuales si el comodatario o el depositario tuviere que hacer, para la conservación de la cosa ciertos gastos, el comodante o el depositante tendrá obligación de reembolsarlos (Código de 1884, arts. 2682 y 2585; Código de 1928, arts. 2513 y 2532). A este respecto recuérdese lo dicho en el número 82 de este tomo". (Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S. A., México, 1959, t. I, pág. 135).

Artículo 1835 del Código Civil vigente: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada".

Artículo 1836: "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, t. IV, pág. 466.

Antes de seguir clasificando los contratos, conviene señalar la importancia que tiene su división fundamental en unilaterales y bilaterales, porque se presentan ciertos problemas y características que son propios o del grupo de contratos bilaterales o de los unilaterales.

La primera cuestión que se presenta y que es exclusiva de los contratos bilaterales, se conoce en el derecho con el nombre de problema de los riesgos. Ya en su oportunidad, al tratar del incumplimiento de las obligaciones, estudiamos este aspecto. Esta cuestión la hemos planteado de la siguiente manera: cuando en un contrato existen obligaciones recíprocas que impliquen la transmisión de una cosa, si ésta se destruye por caso fortuito o de fuerza mayor ¿quién debe sufrir la pérdida? ¿El enajenante o el adquirente? En otras palabras, si la cosa perece por causas ajenas al enajenante ¿debe el adquirente pagar el precio de la misma o por el contrario, queda liberado de pagar su precio en virtud de que la cosa no le fue entregada?

La solución en este problema es la siguiente: la cosa siempre perece para el acreedor; en los contratos translativos de dominio, el acreedor es el dueño; en los contratos translativos de uso, el acreedor a la restitución es el dueño y la cosa perece siempre para él.

Si el contrato fuere unilateral, no habría posibilidad de plantear el problema, porque esta cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando la cosa, por un caso de fuerza mayor y en atención a esto la otra parte debe cumplir, ya que no es imputable el incumplimiento al deudor.

En los contratos translativos de uso, decíamos que la cosa perece, cuando los contratos son bilaterales, para el acreedor a la restitución, que es el dueño. Si se destruye la finca dada en arrendamiento por una inundación que no sea imputable al arrendatario, la cosa perece para el acreedor, es decir, para el arrendador, que en el caso es el dueño de la finca.

Esta primera cuestión tiene consecuencias de gran importancia, sobre todo en los contratos translativos de dominio y en los de uso, y no puede plantearse, como ya dijimos, en los unilaterales.

Una segunda cuestión propia de los contratos bilaterales es la excepción de contrato no cumplido. En todas las obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda, el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido.

La exceptio non adimpleti contractus, no puede presentarse en los contratos unilaterales, por la sencilla razón de que en ellos sólo una de las partes está obligada, y si no cumple, la otra judicialmente exigirá ese cumplimiento, sin que pueda sufrir la excepción de contrato no cumplido, ya que el actor, no tiene por su parte ninguna obligación que realizar. Por ejemplo, en la donación se celebra el contrato, pero el donante no entrega la cosa al donatario en la fecha estipulada; el donatario exigirá la entrega de la cosa y el donante no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido, porque el donatario nada tiene que cumplir.

Pero en la compraventa, si no se fija un plazo para la entrega de la cosa y del precio, se entiende que es al contado, y el comprador no podrá exigir la entrega de la cosa, si no deposita el precio o si no lo consigna judicialmente; a su vez, el vendedor no podrá exigir el pago del precio, si no deposita la cosa.

4.—*Contratos onerosos y gratuitos.*—Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

No es exacto, como afirman algunos autores, que todo contrato bilateral sea oneroso y todo contrato unilateral sea gratuito. Generalmente se piensa que como el contrato bilateral engendra derechos y obligaciones recíprocos, también da origen a provechos y gravámenes recíprocos, y no es exacto, como lo demuestra el comodato, en el que

a pesar de que se engendran obligaciones para ambas partes, no se originan gravámenes recíprocos.

También hay contratos que pueden ser unilaterales y onerosos; así como hemos presentado el caso de un contrato bilateral gratuito.

En el mutuo con interés, bajo la legislación de 1870 y 1884, siguiendo a la tradición romana, se trataba de un contrato unilateral oneroso.

Generalmente se afirma que los contratos a título gratuito se celebran en consideración a la persona (intuitu personae), en tanto que los contratos a título oneroso se llevan a cabo por razones exclusivamente patrimoniales o económicas y, por lo tanto, para nada toman en cuenta las condiciones personales. Desde luego se advierte que la disyuntiva así presentada está desmentida en múltiples contratos onerosos, toda vez que en los de prestación de servicios remunerados, evidentemente que es factor decisivo la probidad, competencia, eficiencia, etc., del que realiza el trabajo o cumple la obligación de hacer. Es decir, estos contratos se celebran en consideración a la persona, como ocurre generalmente con los actos a título gratuito, pues en ellos el animus donandi o la intención de ejecutar una liberalidad, se funda principalmente en razones de afecto, parentesco, espíritu de ayuda, etc., hacia la persona del beneficiado.

Josserand, Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, traduc. de José M. Cajica, págs. 58 y 59.

Al referirse Josserand a los distintos criterios que se han elaborado para distinguir los contratos onerosos de los gratuitos, estudia el punto de vista de Planiol, quien partiendo del dato económico considera que en todo contrato oneroso debe haber reciprocidad de beneficios, de tal suerte que el patrimonio de cada contratante permanece fundamentalmente idéntico, ya que al mismo tiempo que sufre una disminución por la carga o gravamen que reporte en beneficio de la otra parte, recibe simultáneamente un provecho como prestación correlativa y, por lo tanto se mantiene un cierto equilibrio patrimonial. En cambio, en los contratos gratuitos, sólo una de las partes se beneficia a costa de la otra, quien necesariamente sufre la disminución patrimonial consiguiente. Este es el criterio adoptado por nuestros Códigos, al decir el artículo 1837 del ordenamiento vigente, igual al 1275 del anterior que: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes".

"El criterio económico es seguramente más seductor y entre sus partidarios cuenta con Planiol.—Para este sabio autor, el contrato es a título oneroso cuando "cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra"; a título gratuito, "cuando una sola de las partes procura una ventaja a la otra, sin recibir nada en cambio"; el carácter gratuito u oneroso de la operación depende, pues, de la reciprocidad de las prestaciones u obligaciones que las partes cambian entre sí; Planiol, precisando este pensamiento, escribe: "verificad el valor del patrimonio de las dos partes, antes y después de la operación; en condiciones normales, la misma cifra o al menos las variaciones susceptibles de advertirse no deben sobrepasar los límites de la incertidumbre inherente siempre a una estimación de este género. Si falta esta reciprocidad, es decir, si una de las partes da o hace alguna cosa sin recibir nada en cambio, el acto es a título gratuito" (Josserand, ob. cit., pág. 313).

Critica Josserand la tesis de Planiol, por cuanto que confunde los contratos onerosos con los bilaterales y los gratuitos con los unilaterales.

Hace notar que puede haber una transmisión de valores sin compensación y no por ello existirá donación, así como puede darse el caso de liberalidades existiendo reciprocidad de servicios o de sacrificios equivalentes.

5.—*Contratos conmutativos y aleatorios.*—Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios.

Conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 479.

Generalmente, al definirse los contratos conmutativos y aleatorios no se hace esta distinción, sino que se confunden sus características, diciendo que en el conmutativo hay posibilidad de conocer las ganancias o pérdidas desde la celebración del contrato, y que en el aleatorio no existe esa posibilidad, sino que esto se sabrá cuando se realice la condición o el término.

Autores como Planiol incurren en este error de confundir el carácter conmutativo o aleatorio en función de las ganancias o pérdidas; y el error es tan trascendente que hasta nuestro Código Civil de 1928, en su definición, no obstante la crítica que necesariamente debieron conocer sus autores, vuelve a definir en función de las ganancias o pér-

didas el contrato conmutativo o aleatorio. El artículo 1838 dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible *la evaluación de la ganancia o pérdida,* sino hasta que ese acontecimiento se realice".

En su primera parte, la definición es correcta, pero se agrega a guisa de consecuencia una explicación que la hace falsa innecesariamente: "...de tal suerte que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste..." No es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si habrá ganancia o pérdida; lo que se sabe es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato. Por ejemplo, el tipo de contrato conmutativo es la compraventa, porque en el momento de celebrarse, cada parte sabe exactamente qué debe entregar; pero el problema económico de saber si hubo ganancia o pérdida en una compraventa, es muy complejo y depende de infinidad de circunstancias posteriores.

En el contrato aleatorio, la prestación no está determinada, y sólo por ello es aleatorio, y no porque se ignore si habrá ganancia o pérdida.

José Arias, Contratos Civiles, Teoría y Práctica, Buenos Aires, 1939, pág. 86.

6.—*Contratos reales y consensuales.*—Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, sólo hay un antecontrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.

Si las partes de un contrato real pactan que en el futuro se entregará la cosa, no han celebrado el contrato real; han celebrado una promesa de contrato, porque cuando se entregue la cosa, se constituirá propiamente el contrato real.

En el mutuo, en el comodato y en el depósito, según el derecho romano y nuestra legislación anterior, era requisito indispensable hacer la entrega de la cosa para que se constituyera el contrato. Actualmente el Código Civil de 1928 cambia la naturaleza de esos contratos y los considera consensuales, es decir, que existe el mutuo, el depósito o el comodato antes de la entrega de la cosa, y es una obligación nacida del contrato, es decir, a posteriori, la de entregar la cosa, en el depositante, mutuante o comodante. Por esto, dichos contratos, además de cambiarse de reales a consensuales, se cambian de unilaterales a bilaterales,

porque ya habrá obligación en una parte de entregar y en otra de restituir.

Borja Soriano, ob. cit., t. I, págs. 136 y 137.

En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario precisar el alcance de este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto.

Desde este punto de vista, son contratos consensuales en oposición a reales, todos los que reglamenta nuestro derecho, respecto a prestaciones de cosas, exceptuando la prenda, porque en ningún caso exige el Código Civil la entrega de la cosa, para que se perfeccionen o constituyan.

Tenemos en los translativos de dominio que la venta, permuta, donación y mutuo, existen antes de la entrega de la cosa, porque ésta es una obligación del enajenante derivada del negocio ya formado. En los translativos de uso, que son el arrendamiento y el comodato, la entrega de la cosa tampoco es actualmente un elemento constitutivo del acto. El arrendamiento existe antes de la entrega de la cosa, que puede ser simultánea o posterior al acuerdo, lo mismo que en el comodato y en los contratos de custodia, como el depósito, que el Código actual ha convertido en consensual.

Sólo nos queda la prenda como contrato real, pero se admite ya en el Código vigente que la entrega sea jurídica, cosa que no se aceptaba en el de 1884.

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, págs. 263 a 265.

7.—*Contratos formales y consensuales.*—Otra clasificación muy importante, por las consecuencias que tiene en cuanto a la validez y nulidad de los contratos, es la que los distingue en solemnes, formales y consensuales. Esta materia relativa a la formalidad o solemnidad la estudiamos ya al tratar de los elementos de validez del contrato; pero ahora, para definir, diremos que son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito

de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio.

El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y, por lo tanto, puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

En estos contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal para su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señas, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual; es válido, si se manifiesta verbalmente el consentimiento; o bien, si por medio de señas dos mudos celebran el contrato o si a través de hechos que lo presupongan, una parte toma la cosa y entrega el precio a la otra, que a su vez lo recibe.

Se distinguen, además, desde este punto de vista, los contratos solemnes, que son aquellos en que la forma se ha elevado, como dice Bonnecase, por la técnica jurídica, a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe.

En el contrato formal la expresión escrita es un elemento de validez, y si no se observa, el acto existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita o por prescripción. En los contratos solemnes, la forma es un elemento esencial del contrato, de manera que si no se observa, no llega a existir y, por tanto, no puede convalidarse ni por ratificación ni por prescripción. Puede otorgarse un nuevo negocio observando la forma omitida, pero esto no es una ratificación, porque en el contrato solemne, el observar la forma omitida no convalida retroactivamente al acto, sino que implica un nuevo otorgamiento, para que surta sus efectos hasta el momento en que se observe la solemnidad.

José Arias, ob. cit., págs. 123 a 125.

—8.—*Contratos principales y contratos de garantía o accesorios.*—Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios

siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.

Estos contratos accesorios son llamados también "de garantía", por que generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como la hipoteca, la prenda o la anticresis, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de tal manera que si el deudor no cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse preferentemente con su producto.

En estos contratos accesorios, la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal. Sin embargo, el derecho nos presenta casos en que puede haber fianza, prenda o hipoteca, sin que haya todavía una obligación principal, como ocurre cuando se garantizan obligaciones futuras o condicionales; el tutor da una fianza, prenda o hipoteca para garantizar su manejo, y aún no ha incurrido al entrar a desempeñar la tutela, en ninguna responsabilidad, ni tiene, por tanto, ninguna obligación. Aquí tenemos una excepción a ese principio: existe legalmente el contrato accesorio, antes de que haya la obligación principal.

Fuera de este caso de excepción, cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesoria también lo es; pero cuando la obligación accesoria es inexistente o nula, tal cosa no afecta a la obligación principal. La fianza o la prenda pueden ser nulas o inexistentes y tener vida jurídica en forma independiente la obligación principal, pues sólo para su garantía se estipula una obligación accesoria.

9.—*Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.*—Los instantáneos son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado. Por ejemplo, es un contrato instantáneo la compraventa al contado, la permuta. En cambio, el arrendamiento es de tracto sucesivo, porque durante un tiempo determinado la cosa estará en poder del arrendatario y a su vez éste pagará periódicamente una renta.

Tiene importancia esta clasificación en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos sí es posible la restitución de las prestaciones. En cambio, en los de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituirlas. En el arrendamiento hay un obstáculo insuperable para restituir el uso que ya disfrutó el arrendatario, y su nulidad no trae consigo la devolución de la renta, porque el arrendatario no puede a su vez devolver el uso. En cambio, en la compraventa, la nulidad trae como consecuencia la restitución de la cosa y del precio aun cuando sea de tracto sucesivo porque se haya pagado este último en abonos.

CAPITULO II

Otros Criterios de Clasificación de los Contratos

1.—*Clasificación que proponemos.*—Existe la posibilidad de clasificar los contratos tomando en cuenta su función jurídica o económica. Una clasificación que se proponga realizar un fin científico, debe agrupar los contratos con un criterio que permita formular una verdadera separación entre ellos, dada su naturaleza jurídica y no simplemente una división atendiendo a tal o cual finalidad. Desde este punto de vista, podemos formular tres categorías fundamentales de contratos.

1ª—Contratos que tienen por objeto una finalidad económica.

2ª—Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídica.

3ª—Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídico-económica.

Por finalidad económica se entiende la apropiación de una riqueza, su aprovechamiento, o la utilización de un servicio; siguiendo a Bonnecase, podemos considerar que los dos fenómenos económicos que le importan al derecho patrimonial son la apropiación de la riqueza y la utilización de los servicios. Así hallaremos contratos que tienen un fin económico que consiste en la apropiación de una riqueza, como la compraventa, permuta, donación y mutuo, es decir, el grupo de contratos traslativos de dominio, ya que su objeto primordial consiste en la adquisición de bienes.

Un segundo grupo corresponderá a los contratos que tienen por objeto el aprovechamiento de una riqueza ajena. Desde este punto de vista,

tenemos los contratos traslativos de uso: arrendamiento y comodato. En ellos existe, simplemente, el aprovechamiento, no ya la apropiación de una riqueza determinada.

Un tercer grupo, dentro de esta finalidad económica, estaría constituido por todos aquellos contratos que tienen por objeto la utilización de un servicio, es decir, la reglamentación jurídica de la prestación de servicios y de su aprovechamiento. Se comprenden aquí todos los contratos de trabajo, de prestación de servicios en general, profesionales o no profesionales, el depósito, los contratos de porteadores y alquiladores. Por último, el cuarto grupo es mixto y comprende los contratos que implican una apropiación y aprovechamiento de la riqueza y una utilización de servicios a la vez, para un fin común (sociedad, asociación y aparecería).

Al lado de estos contratos cuya finalidad es económica, hallamos contratos que desempeñan una función exclusivamente jurídica, consistente en la preparación de un contrato, o en la comprobación de un derecho o, por último, en la representación para actos jurídicos.

En este grupo de contratos se clasifican: a) los contratos preliminares, que tienen por objeto preparar la celebración de un contrato definitivo; su función es estrictamente jurídica, porque sólo se refiere a una obligación de hacer que consiste en celebrar un contrato en un plazo determinado; b) los contratos de comprobación jurídica, cuyo fin consiste en precisar derechos disputados o que puedan serlo, determinando el alcance de las obligaciones y derechos de las partes. Tenemos como ejemplo, el contrato de transacción y también el compromiso arbitral, en cuanto constituye el medio para que el árbitro venga a definir los derechos de las partes; así el compromiso arbitral es una forma previa de comprobación jurídica de derechos posiblemente disputados.

Al lado de estos grupos fundamentales de contratos que tienen por objeto, unos, una finalidad económica y, otros, una finalidad jurídica, existen contratos de naturaleza mixta, es decir, que tienen una finalidad jurídico-económica; principalmente es una función jurídica, accidentalmente puede ser una función económica. Estos contratos son: la fianza, la prenda y la hipoteca, por una parte; la cesión de derechos, de deudas y la subrogación convencional, por la otra.

Los contratos llamados de garantía, que son los tres primeros, desempeñan primordialmente una función jurídica que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal. Esta finalidad puede no tener contenido económico si el deudor cumple su obligación principal; en estos casos de cumplimiento, la función jurídica sólo se tuvo en

reserva, como una disponibilidad para llegar a tener una ejecución económica, en caso de incumplimiento, cuando el deudor principal no paga su obligación. La fianza, prenda e hipoteca cumplen, pues, una función mixta: jurídica en cuanto a la garantía que constituyen, económica porque el derecho se ejercita directamente en contra del fiador o del dueño de los bienes dados en hipoteca o prenda, para la apropiación de una riqueza, es decir, para obtener la condena de una suma de dinero, el secuestro y remate y, sobre todo, en la prenda e hipoteca con derechos que crean una preferencia y una acción de venta sobre los bienes del deudor.

Otro grupo de contratos que desempeñan una función jurídico-económica, está formado por los de transmisión de derechos o de obligaciones. Hemos visto que el contrato puede tener como fin no sólo la creación de derechos, sino también su transmisión, como ocurre en la cesión de créditos y la subrogación convencional, figuras en las que existe una transferencia de derechos y en la cesión de deudas, en la que hay una transmisión de obligaciones. Se cumple una finalidad jurídica, y se prepara una económica, que consiste en la adquisición del valor patrimonial que implica el derecho transmitido; por esto su naturaleza es mixta.

Nos resta el grupo de los contratos aleatorios que generalmente no hallan clasificación y que en los Códigos constituyen una categoría independiente; este grupo, dentro de la clasificación propuesta, quedaría comprendido en aquellos contratos que tienen por objeto una finalidad económica que consiste en la apropiación de una riqueza. El juego y la apuesta son formas, en los casos permitidos por la ley, de apropiarse un valor determinado, implican, por consiguiente, una transmisión de dominio sujeta a un acto eventual. La renta vitalicia y la compra de esperanza, también tienen una finalidad esencialmente económica: la apropiación de una riqueza; en la primera, se transmite un bien o valor a cambio de una renta que se percibe durante la vida, y en la segunda (compra de esperanza), se transmite un valor posible a cambio de un valor cierto.

También en esta clasificación nos resta determinar el papel que tiene el contrato de mandato, que generalmente se clasifica como un contrato que tiene por objeto prestación de servicios o ejecución de obligaciones de hacer. En la clasificación de Giorgi, se le llama contrato que tiene por objeto un faceré. En la de Marcel Planiol, contrato que tiene por objeto un trabajo.

Aun cuando el mandato, considerado desde un punto de vista general, se podría agrupar en esta clase de obligaciones de hacer que com-

prenden en general todas las prestaciones de servicios, y, por tanto, podríamos nosotros incluirlo entre aquellos contratos que tienen una finalidad económica que consiste en el aprovechamiento de un servicio, en nuestro concepto, el mandato representativo cumple también una función jurídica, que consiste en la representación para ejecutar actos jurídicos. No se trata de una forma general de obligaciones de hacer para ejecutar actos materiales: por el contrario, se trata de una especial actividad, que tiene contenido jurídico merced a la autorización de una persona para ejecutar exclusivamente actos jurídicos a nombre de otra Desde luego, el acto de representación no puede apreciarse simplemente como un servicio, pues independientemente del trabajo que realiza el mandatario, éste cumple una función jurídica, es decir, representa a una persona para que los actos que ejecute se consideren como realizados por el mandante; además, cumple la misma función por cuanto que los actos que ejecuta no son de carácter material, sino que deben ser actos jurídicos. Propiamente, el mandatario no está constituyendo un factor de aprovechamiento de una riqueza, de apropiación de la misma, sino un medio jurídico para que, en representación del mandante, pueda éste desarrollar su actividad ejecutando actos jurídicos en general.

Desde este punto de vista, el mandato representativo debe clasificarse entre los contratos que tienen por objeto una finalidad jurídica y, por lo tanto, al lado de los contratos preparatorios y los de comprobación jurídica (transacción y compromiso arbitral).

La sociedad y la asociación también reciben clasificación especial en el grupo de contratos que hemos denominado como de finalidad económica, sólo que, como en todo contrato de sociedad o de asociación, existe una apropiación de riquezas y una utilización de servicios, una combinación —como dice el Código— de bienes, recursos y trabajo, para el logro de un fin común, constituyen una categoría que debe agruparse entre los contratos que tienen una finalidad económica compleja.

Resumiendo, podemos formar las siguientes llaves de clasificación:

1ª.—Contratos de finalidad económica.

2ª—Contratos de finalidad jurídica.

3ª—Contratos de finalidad jurídico-económica.

La primera llave, contratos de finalidad económica, se subdivide en:

a). Contratos de apropiación de riqueza (translativos de dominio y aleatorios).

b). Contratos de aprovechamiento de una riqueza ajena (translativos de uso).

c). Contratos de utilización de servicios (de trabajo, prestación de servicios en general y depósito).

d). Contratos de apropiación y aprovechamiento de riqueza, con utilización de servicios (sociedad, asociación y aparcería).

La segunda llave, contratos de finalidad jurídica, comprende:

a). Contratos de preparación (promesa de contrato).

b). Contratos de comprobación jurídica (transacción y compromisos en árbitros).

c). Contratos de representación y ejecución de actos jurídicos (mandato).

La tercera llave, contratos de finalidad jurídico-económica, abarca:

a). Contratos de garantía (fianza, prenda e hipoteca).

b). Contratos de transmisión (cesión de créditos, cesión de deudas y subrogación convencional).

2.—*Clasificación de Giorgi.*—(Obligaciones, t. III, pág. 39).—La clasificación de Giorgi parte de un punto de vista distinto, ya no toma en cuenta la naturaleza del objeto, sino el propósito o finalidad que las partes se proponen al realizar el contrato. Distingue los siguientes propósitos fundamentales:

1).—La transmisión del dominio.
2).—La transmisión del uso.
3).—La realización de un fin común.
4).—La prestación de servicios.
5).—La comprobación jurídica.
6).—La constitución de una garantía, es decir, comprende aquellos contratos cuya finalidad es garantizar una obligación principal.

Estas seis categorías a su vez abarcan una serie de contratos especiales, reglamentados en los Códigos:

1).—La primera categoría comprende la compraventa, la permuta, la donación, el mutuo y la sociedad. Pero en la clasificación de Giorgi, la sociedad se incluye en los contratos que denomina de finalidad común.

2).—La segunda categoría abarca el arrendamiento y el comodato. En el primer caso se trata de una transferencia onerosa del uso o sea por el pago de un bien o de dinero. En el segundo, es decir en el comodato, la transmisión del uso es gratuita. Existe, por consiguiente, una finalidad común: conceder el uso de una cosa.

3.—El tercer grupo se refiere a los contratos que tienen una finalidad común por cuanto que las partes combinan sus intereses para lograr

un fin económico o no; pero de naturaleza común. En el contrato de sociedad, se persigue una finalidad económica; en el contrato de asociación, se trata de alcanzar una misma finalidad, entre los asociados, pero no de carácter preponderantemente económico; debe ser científica, artística, literaria o de beneficencia, etc.

4).—Una cuarta categoría se reserva a los contratos que tienen por objeto un facere, es decir, obligaciones de hacer específicas o generales. Como en Planiol, esta categoría comprende los contratos de trabajo y de prestación de servicios profesionales o no profesionales, el depósito y el mandato.

5).—Un siguiente grupo de contratos se propone como finalidad jurídica la comprobación de determinados derechos, es decir, el contrato únicamente tiene por finalidad fijar con certeza el alcance de determinados derechos controvertidos o que pudieran disputarse. Este contrato generalmente constituye la transacción, pero puede también dar lugar al compromiso en árbitros. Aun cuando Giorgi lo enumera como contrato que tiene por objeto la comprobación jurídica, en realidad el compromiso no es sino el medio para pactar un sistema arbitral que vendrá a determinar el alcance y naturaleza de los derechos controvertidos. En cambio, la transacción sí es un contrato que directamente tiene por objeto determinar cuál es el contenido de determinados derechos que han sido objeto de litigio o que podrán ser disputados.

6.—En una última categoría, incluye Giorgi aquellos contratos que se proponen una garantía, es decir, que fungen como contratos accesorios de uno principal, para asegurar el cumplimiento de una obligación Si la garantía es de carácter personal, se denomina fianza y si es de carácter real toma el nombre de hipoteca, prenda o anticresis.

Esta clasificación de Giorgi es casi aceptada íntegramente por el Código Civil vigente. Podríamos decir que se observa en el índice del Código con una modificación: agrega los contratos aleatorios. Estos últimos, efectivamente no están previstos en la clasificación de Giorgi. Además, comprende el antecontrato.

3.—*Clasificación de los contratos de acuerdo con el Código Civil vigente.*—El Código en vigor, sin clasificar propiamente los contratos en grupos o categorías, ha seguido un orden en la reglamentación de los mismos, que nos permite observar que admitió en lo fundamental la división de Giorgi, agregando la categoría preliminar relativa a los antecontratos o contratos preparatorios y, además, agrupando expresamente a los contratos aleatorios.

Para el estudio de las distintas categorías que el Código vigente reconoce, nos valdremos también de la clasificación que hace Castán Tobeñas en su obra de Derecho Civil Español Común y Foral, tomo III, Madrid, 1941, que a su vez toma de Casso.

En el cuadro de clasificación que propone dicho autor y que a continuación transcribiremos, se distinguen los siguientes grupos fundamentales de contratos: traslativos del dominio, traslativos del uso y disfrute, de trabajo y gestión, constitutivos de personalidad y de gestión colectiva, de custodia, aleatorios, de garantía y afirmación de derechos y abstractos de deuda.

Con excepción de la última categoría (abstractos de deuda), nuestro Código vigente, por el orden de enumeración de los contratos que regula, distingue también los traslativos de dominio, los traslativos de uso y disfrute, los de custodia, los de mandato y prestación de servicios, los de finalidad común y constitución de personalidad, los aleatorios y los de garantía. Además, se reglamenta en primer término la categoría especial de contratos preparatorios.

"Pero también hay en nuestra doctrina clasificaciones de tipo más moderno, como la del programa de cátedra del profesor Casso, aceptada por el cuestionario, que se fija principalmente en el objeto de los respectivos contratos y podemos condensar en el siguiente esquema:

- Contratos
  - Traslativos del dominio
    - Compraventa.
    - Cesión de derechos y acciones.
    - Censo reservativo.
    - Permuta.
    - Donación.
  - Traslativos del uso y disfrute
    - Arrendamiento de cosas.
    - Subarriendo.
    - Censo enfitéutico.
    - Servidumbre.
    - Comodato.
    - Precario.
    - Mutuo.
    - Censo consignativo.
  - De trabajo y gestión
    - Arrendamiento de servicios.
    - Contrato de trabajo.
    - Contrato colectivo de trabajo.
    - Contrato de empresa o de obras por ajuste a precio alzado.
    - Transporte.
    - Mandato.
    - Corretaje.
    - Pública promesa.
  - Constitutivos de personalidad y de gestión colectiva
    - Contrato de sociedad.
    - Contratos de colectividad y comunidad especiales.
    - Aparcería.
  - De custodia
    - Depósito.
    - Secuestro.
    - Hospedaje.
  - Aleatorios
    - Seguro.
    - Renta vitalicia.
    - Juego.
    - Apuesta.
    - Decisión por suerte.
  - De garantía y afirmación de derechos
    - Contrato de promesa.
    - Contrato de reconocimiento de crédito o deuda.
    - Fianza.
    - Prenda.
    - Hipoteca.
    - Anticresis.
    - Transacción.
    - Compromiso.
  - Abstractos de deuda
    - Contrato de giro o doble apoderamiento.
    - Contrato de promesa escrita de deuda al portador.

(José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 6 y 7).

TITULO II

PROMESA DE CONTRATO

CAPITULO I

Concepto y Características

1.—*Concepto.*—Promesa de contrato, antecontrato o contrato preliminar son los nombres que se asignan a esta figura jurídica cuyo estudio vamos a iniciar. En el Código Civil se le da el nombre de promesa de contrato o antecontrato. Tiene importancia conocer estas denominaciones porque cada una revela la fisonomía o naturaleza jurídica de la operación.

Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, t. IV, pág. 466.

El Código Civil vigente, al estudiar los contratos en particular, reglamenta ya debidamente éste que no fue estudiado por el Código de 1884, sino en una forma incidental al hablar del contrato de compraventa y para referirse sólo a la promesa de venta o de compra. Los artículos 2243 a 2247 del ordenamiento en vigor se refieren a los contratos preliminares o promesas.

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 338.

2.—*Definición.*—La promesa es un contrato por virtud del cual una parte o ambas se obligan dentro de cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado. Son estos elementos, esenciales de la definición; en el artículo 2243 se contienen algunos de ellos, pero la definición es incompleta. Dice el precepto:

"Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro".

Nosotros hemos dicho: la promesa es un contrato por el cual una de las partes o ambas se obligan dentro de cierto plazo (primer requisito que falta a la definición del Código, aunque después se indica en otro precepto) a celebrar un contrato futuro determinado. La especificación del contrato es otro requisito que también debe incluirse en la definición, porque no se trata de cualquier contrato en abstracto, sino de un contrato en especial, que las partes se obligan en cierto plazo a celebrar. También este requisito en la determinación del contrato se reconoce después en el artículo 2246:

"Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo".

A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones, t. I, págs. 188 y 189.

3.—*Características.*—La promesa de contrato es un acto especialísimo, el único cuyo objeto es celebrar un contrato definitivo en el futuro. Las distintas obligaciones que pueden nacer del contrato, hasta ahora estudiadas, son de dar, hacer y no hacer: en la promesa de contrato se trata de una obligación de hacer: celebrar un contrato en el futuro. Las obligaciones de hacer pueden referirse a hechos materiales o a actos jurídicos.

La obligación de hacer que nace de la promesa le resta y le priva de autonomía y libertad al contrato definitivo, y por esto algunos han sostenido que no puede haber promesa de contrato, es decir, que es contrario al régimen jurídico de la contratación que alguien se obligue a celebrar un contrato futuro y determinado en cierto plazo; y la objeción no es simplemente teórica, ha recibido su consagración en muchos Códigos que no han admitido la promesa de contrato.

Se considera que faltaría al contrato definitivo un elemento esencial: la libertad en el consentimiento. En contra de esta objeción, los Códigos que aceptan, como el francés, el italiano, y el nuestro, el contrato preliminar, estiman que dentro de esa libertad absoluta de contratación tendría que irse restringiendo cada vez más su campo de acción, porque se presentan infinidad de contratos en los que no hay posibilidad de discutir si se celebran o no se celebran.

En la promesa de contrato, lo que ocurre en la vida real, se admite jurídicamente en una forma ya precisa para que en cierto plazo y bajo ciertas condiciones se celebre un contrato futuro; por esto en contra de

esa objeción de alcance estrictamente lógico, los Códigos han aceptado la promesa de contrato.

4.—*Partes.*—Las partes que intervienen en la promesa, se denominan respectivamente promitente y beneficiario. Si la promesa es unilateral, una parte es el promitente, es decir, el que se obliga a celebrar un contrato futuro determinado y la otra es el beneficiario. Este no reporta obligación alguna, porque él no se ha obligado a concertar el contrato futuro. Tenemos por ejemplo la promesa unilateral de venta: El promitente se obliga a vender, pero el beneficiario no se obliga a comprar; queda a opción del beneficiario exigir o no la celebración del contrato definitivo de compraventa.

Cuando la promesa es bilateral, ambas partes juegan el papel de promitentes y de beneficiarios. Una parte se obliga a vender y la otra a comprar; hay obligaciones recíprocas, por esto es bilateral la promesa; uno promete vender y desde ese punto de vista es promitente y el otro lo es al obligarse a comprar y a su vez cada parte es beneficiaria de la promesa correlativa.

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 349.

5.—*Promesa unilateral y acto unilateral.*—No debe confundirse la promesa unilateral con el acto jurídico unilateral. En la promesa unilateral existe el consentimiento, es decir, el acuerdo de dos o más voluntades, sólo que una de las partes resulta exclusivamente obligada en tanto que la otra no reporta obligación, pero hay un acto jurídico bilateral: tenemos por ejemplo la promesa unilateral de venta, es contrato porque se ponen de acuerdo las partes en otorgar una operación que tenga por objeto dentro de cierto tiempo obligar al promitente a realizar la compraventa; hubo acuerdo de voluntades para ese objeto de interés jurídico; es unilateral, porque sólo el promitente se obliga a vender y el beneficiario simplemente acepta, sin obligarse a comprar, pero es contrato porque el beneficiario ha dado su consentimiento para que, si así lo desea, exija dentro del plazo la celebración de la compraventa definitiva.

En cambio, en el acto jurídico unilateral de la oferta o policitación que existe inicialmente en todos los contratos en el momento de su formación, sólo hay la manifestación de voluntad del oferente.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traduc. de Mario Díaz Cruz, Habana, Los Contratos Civiles, t. X, págs. 186 y 187.

6.—*Utilidad.*—Desde el punto de vista práctico y jurídico, el contrato de promesa llena infinidad de necesidades, unas de orden simplemente material, otras de orden jurídico. En ocasiones la falta de tiempo, la circunstancia de tratarse de un día inhábil, etc., imposibilitan la concertación de un contrato definitivo que exigiría una redacción laboriosa ante notario, y basta con celebrar una promesa para ocurrir después a otorgar el contrato definitivo. O bien, el mandatario no tiene poder especial para celebrar el contrato definitivo, desea recabar ese poder y, entre tanto pacta una promesa; o se presentan ciertas dificultades de hecho porque no se tienen los títulos, la documentación, etc., por lo que se firma una promesa entre tanto se obtengan.

En el orden jurídico puede suceder que sea menester llenar ciertos requisitos de orden procesal, administrativo, etc. y mientras se cumplen esos requisitos, se celebra una promesa para otorgar después el contrato definitivo. Generalmente ocurría que en las sucesiones, entre tanto no se pagaba el impuesto hereditario, no se podía vender. Se realizaba el contrato de promesa de venta a reserva de cumplir con los trámites, liquidar el impuesto hereditario y firmar así después el contrato definitivo.

"La utilidad práctica de este instituto es indudable, ya que puede ser conveniente a las partes, que no puedan de momento celebrar el contrato que les interesa, asegurar la efectividad de su conclusión para un tiempo posterior y más oportuno. Especialmente resalta esta utilidad, como advierten Giorgi y Valverde, en aquellos casos en que no se puede concluir el contrato definitivo sin ciertas autorizaciones que exigen tiempo (por ejemplo la que el tutor necesita del consejo de familia para perfeccionar una venta o un préstamo)" (José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 338 y 339).

7.—*Función jurídica.*—La promesa de contrato cumple una función jurídica, es decir, su finalidad es exclusivamente jurídica y no económica.

En la promesa o contrato preliminar, se cumple una finalidad exclusivamente jurídica. No hay ni trasmisión de riqueza, ni aprovechamiento de la misma, ni tampoco utilización de servicios; a pesar de que se trata de una obligación de hacer, que generalmente implica la utilización de servicios, como es especialísima —otorgar en el futuro un contrato—, no tiene contenido económico.

8.—*Promesa y contrato a término.*—Como toda promesa debe concretarse a un cierto plazo, se ha pensado que podría confundirse con el contrato a término, y algunos autores han asimilado la promesa a esta modalidad. En el contrato de promesa, una parte, o ambas, se obligan

a otorgar un contrato futuro dentro de cierto plazo; en el contrato a término se fija una fecha para que se realicen las consecuencias del mismo. Tienen de común la existencia de un plazo, pero la diferencia es esencial: en la promesa aún no existe contrato definitivo, por consiguiente el plazo no viene a diferir las consecuencias del mismo, sino su otorgamiento, que puede o no realizarse. En cambio, en el contrato a término ya existe éste; simplemente sus efectos quedan aplazados para cierta fecha, pero realizada ésta, automáticamente se producirán.

Francisco Degni, La Compraventa, traduc. de Francisco Bonet Ramón, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 32 y 33.

9.—*Promesa y contrato bajo condición suspensiva.*—También la promesa se distingue del contrato bajo condición suspensiva, con la cual en ocasiones se le confunde. En esta última aún no existen las obligaciones, porque es de la esencia de la condición suspensiva evitar su nacimiento hasta en tanto que se produzca el acontecimiento futuro e incierto; por consiguiente, en el contrato bajo condición suspensiva, si se refiere a una compraventa, no ha nacido la obligación de transmitir el dominio, ni éste se transferirá, sino hasta que se realice el acontecimiento futuro e incierto y como tal cosa puede ocurrir o no, el contrato en definitiva puede resultar inexistente.

En cambio, en la promesa de contrato, ya una de las partes o ambas quedan obligadas definitivamente a celebrar el contrato; no hay una condición, como acontecimiento futuro e incierto; hay un plazo, pero no para que se difieran los efectos, sino para que se otorgue un nuevo contrato.

Capitant. De la Causa en las Obligaciones, traduc. de Eugenio Tarragato y Contreras, Edición Góngora, Madrid, págs. 67 y 68.

10.—*Identificación de la promesa bilateral con el contrato definitivo.*—Esta tesis tiene su origen en una disposición del Código Napoleón, artículo 1589, del cual se ha derivado el principio que dice: "La promesa de venta equivale a la venta". De este precepto algunos juristas como Planiol, Valverde y Demogue han formulado la teoría de que toda promesa bilateral equivale al contrato definitivo; lo que el Código francés restringe para la promesa bilateral de venta lo extienden a todo contrato. Giorgi también ha pensado que por analogía debe decirse que toda promesa bilateral equivale al contrato definitivo. (Giorgi, Obligaciones, t. III, págs. 148 y ss.).

"Mas la casi unanimidad de la doctrina italiana ha mantenido diferenciada la promesa de venta de la venta (Mattirolo, Cutùri, Coviello, N. y L., Barassi, Gianturco, Dusi, Longo, Butera, Ascoli, Bonelli, Rugiero). Esta tesis, que también nosotros hemos sostenido repetidamente ha sido acogida ahora por el Tribunal de Casación del Reino y después por todas las Magistraturas inferiores. En una de las sentencias del Tribunal Supremo ha sido afirmado con mucha precisión, que "con la promesa bilateral de compraventa, las partes se comprometen respectivamente, la una a vender y la otra a adquirir la cosa por precio determinado subordinando la trasmisión del dominio a un consentimiento futuro que ha de presentarse en una declaración de voluntad sucesiva. Con tal negocio se mira, por tanto, a la futura estipulación de un contrato. En cambio, la venta perfecta tiene como finalidad y objeto la trasmisión actual del dominio".

Se estima que la distinción entre la promesa bilateral de venta y la venta debe establecerse atendiendo al contenido de las obligaciones asumidas: la primera tiene por objeto el contrahere futuro, esto es, los promitentes se obligan a prestar un consentimiento sucesivo dirigido a la trasmisión del dominio, aunque estén de perfecto acuerdo sobre todos los elementos esenciales del contrato de venta; en la otra se obligan a transferir el dominio, aunque sea en un momento posterior.

De ello deriva que, para decidir en el caso concreto si se trata de promesa de venta o de venta definitiva, el Juez no puede limitarse al examen de las expresiones utilizadas por los contrayentes, sino que debe examinar el contenido real de la relación jurídica constituida entre las partes, el objeto real de sus comunes intenciones y, por consiguiente, bien puede definir como venta un acto aunque las partes hayan usado la locución (como sucede con frecuencia) prometo vender, que, por lo demás, también sería una expresión propia, atendiendo al concepto, ya antes expuesto de que, aun teniendo normalmente eficacia real la compraventa, puede tener un contenido solamente obligatorio, consistente en la promesa de la trasmisión, o, en el caso de que se haya aplazado la estipulación del contrato hasta un momento sucesivo, cuando obtenga la convicción de que el consentimiento respectivo esté dirigido a la trasmisión de la propiedad, no siendo este convencimiento impugnable en casación.

El fundamento de esta tesis es el siguiente.

El principio general que preside toda la materia de las relaciones jurídicas que nacen de los contratos en el derecho civil italiano, es el

que asegura a los contrayentes la más amplia libertad, una libertad quizá excesiva, conforme por otra parte con el prevalente individualismo que inspiró la codificación civil italiana de 1865, y que sólo puede encontrar un límite, en una razón de orden público, o en la falta de cualquiera de los elementos del ordenamiento jurídico considerados esenciales para el contrato que se quiere constituir. Sin embargo, es evidente que tal libertad se explica dejando a las partes dar a la obligación que intentan constituir, el contenido que mejor corresponda a sus intereses. Ahora bien, ninguno puede dudar que negando validez y eficacia a una promesa bilateral de compraventa, existente por sí misma, cuando tenga todos los requisitos necesarios para valer como venta definitiva, sin distinguirla de ésta, significa sobreponerse a los intereses respectivos que han tenido en cuenta las partes al prestar su consentimiento, significa alterar y desconocer la intención". (Degni, ob. cit., págs. 16 a 19).

A. Von Tuhr, ob. cit., t. I, págs. 189 y 190.

CAPITULO II

Elementos Esenciales y de Validez del Contrato de Promesa

1.—*Consentimiento.*—Los elementos esenciales, de carácter general de todo contrato, son el objeto y el consentimiento. Existen además los elementos específicos que habrán de referirse a cada contrato en particular. En los antecontratos puede decirse que estos últimos sólo se presentan como aspectos especiales del consentimiento o del objeto. En la promesa, el consentimiento debe manifestarse en el sentido de celebrar un contrato futuro, es decir, el mutuo acuerdo de voluntades debe tener exclusivamente ese contenido. Tiene interés en la práctica precisar el sentido de expresión del consentimiento, porque generalmente se redactan los contratos de promesa en una forma indebida. En la promesa de venta, de mayor aplicación en la práctica, debe expresarse el consentimiento en el sentido de que, si es unilateral, una parte se obliga a vender y la otra está conforme con el ofrecimiento de venta; y si es bilateral, una parte se obliga a vender y la otra se obliga a comprar en un plazo determinado.

"La posibilidad de las promesas de contratos bilaterales consensuales ha sido negada por algunos autores, que han pensado que debiendo el contrato preliminar

para ser eficaz venir suficientemente determinado y contener todos los elementos esenciales del contrato definitivo, deberá valer por sí mismo como perfecto de presente, siempre que no tenga necesidad de una forma particular ni de una entrega a la que se subordine el consentimiento. Pero esa argumentación no es correcta, pues si las partes sólo han querido hacer un contrato preliminar, mal se puede dar a éste la significación de contrato definitivo, aunque reúna todos los requisitos que en su día haya de tener este último (Véase Coviello, págs. 108 y sigs.)". (José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 340 y 341).

2.—*Objeto.*—El segundo elemento esencial del contrato de promesa es el objeto, que consiste en una obligación de hacer, es decir, otorgar el contrato definitivo. En la promesa, el objeto, por consiguiente, será ejecutar un acto jurídico consistente en otorgar el contrato definitivo; pero para la validez de este objeto, dada su naturaleza especialísima, la ley señala los siguientes requisitos:

1.—Contener los elementos característicos del contrato definitivo.

2.—Limitarse a cierto tiempo.

3.—Observar la forma escrita.

"Bajo el aspecto jurídico, el efecto del preliminar —aun cuando el mismo anteceda a un contrato definitivo— del cual derive una obligación de entregar (y no de hacer) es siempre el de dar lugar a una obligación de hacer, o sea de prestarse a la estipulación del futuro contrato definitivo, esto es, desplegar una cierta actividad; por lo que, el contrato preliminar no puede —por definición— ser traslativo o constitutivo de derechos: tan cierto es esto, que el contrato preliminar, aunque tenga por objeto bienes inmuebles o muebles registrados, no está sujeto a transcripción (arg. art. 2652, n. 2, y 2932).

Al regular, aunque sea fragmentariamente, el contrato preliminar, el nuevo legislador ha superado implícitamente las objeciones, a su tiempo formuladas, por una parte de la doctrina, respecto de esta figura". (Messineo, ob. cit., t. IV, págs. 468 y 469).

3.—*Elementos característicos del contrato definitivo.*—Este requisito (o sea, fijar los elementos del contrato futuro), es esencial y propio de la promesa, en virtud de que si no se contienen los elementos del contrato definitivo, no quedaría identificado el objeto de la misma. Así como existen reglas generales para la posibilidad física y jurídica del objeto en los contratos, tenemos normas especiales para la especificación jurídica del objeto en el contrato de promesa. Las reglas generales para la determinación física del objeto, requieren que la cosa exista en la naturaleza y para la posibilidad jurídica, que sea determinada o determinable y que exista en el comercio. Por lo que se refiere al hecho,

es necesario que no haya una ley de la naturaleza que impida su ejecución, es decir, que sea posible físicamente y que no exista una norma jurídica que constituya un obstáculo insuperable para su realización, es decir, que sea posible jurídicamente. Estas reglas generales para todos los contratos que se refieren a prestaciones de cosas o de hechos, están contenidas en los artículos 1825 a 1828 del Código Civil vigente:

Como la promesa de contrato tiene por objeto obligaciones de hacer, el hecho jurídico objeto de la misma debe ser posible y lícito. La posibilidad en general para todo hecho debe ser física y jurídica, conforme a la regla enunciada, pero además debe haber una posibilidad jurídica especial para la promesa de contrato. Esta posibilidad jurídica consiste en que el contrato contenga los elementos característicos de la operación definitiva. Si no se estipulan estos elementos, no habría posibilidad de otorgar el contrato respectivo. Supongamos que en la promesa de venta simplemente se dijera: A promete vender a B y B promete comprar, sin indicar qué se promete y en que precio. No habría una posibilidad jurídica de obligar a "A" a vender, porque no se sabe qué objeto se obligó a vender, ni en qué precio. En el artículo 2246 se regula, entre otros, el requisito mencionado:

Artículo 2246: "Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo".

Dependerá de cada negocio jurídico determinar sus elementos característicos. En este sentido conviene recordar que en los contratos existen tres clases de estipulaciones: esenciales, naturales y accidentales.

"Determinación del contenido.—Está fuera de duda que se ha de determinar en el contrato preliminar la especie del contrato que ha de ser otorgada en lo futuro. Mas no es preciso que se concreten y señalen todos los elementos esenciales que haya de reunir el contrato futuro, pues entonces casi todos los contratos preparatorios serían nulos y perderían su utilidad práctica. Basta con que exista la posibilidad de la ulterior determinación de esos elementos, de tal modo que no quede subordinada al ilimitado arbitrio de una sola de las partes (Coviello, pág. 97)". (José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 342).

4.—*Inexistencia de la promesa por la falta de los elementos característicos del contrato definitivo.*—Conforme a las reglas anteriores, la promesa de contrato no será válida, es decir, sería nula, si no contiene las características del contrato definitivo. Sin embargo, aunque la ley emplea el término validez, para indicar que la promesa será nula, cuando no contenga las características del contrato definitivo, en la doctrina se presenta el siguiente problema: ¿se trata de una inexistencia o de una

nulidad, la que sobreviene cuando el contrato no reúne las características de la operación definitiva? En principio puede decirse que hay una inexistencia desde el punto de vista de que si no se estipulan esas características, supongamos si se omite indicar el precio o la cosa en la promesa de venta, habrá una imposibilidad jurídica para obligar al contratante a vender, y como falta un elemento esencial, el contrato debe ser inexistente. Por otra parte, no podría quedar convalidado este contrato con el transcurso del tiempo; podría, sin embargo, ratificarse el contrato supliendo el requisito omitido y es aquí en donde la doctrina duda para llevar a sus últimos extremos la noción de inexistencia. Si en un contrato de promesa de venta se omite el precio y posteriormente en un contrato adicional se pacta ese precio, se discute si hay una ratificación del contrato definitivo, de tal suerte que simplemente la promesa esté afectada de nulidad relativa y se permita la ratificación y la convalidación retroactiva, o si la promesa es inexistente y la ratificación no podrá surtir efectos en forma retroactiva.

En nuestro concepto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, hay una inexistencia, supuesto que la misma se presenta cuando el objeto no es posible en sentido jurídico o físico; es decir, conforme al artículo general se requiere un objeto que pueda ser materia del acto jurídico. Dice el precepto: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno..." (Art. 2224).

En la promesa, para que exista un objeto que pueda ser materia del contrato, es necesario fijar los elementos característicos de la operación definitiva; si no se fijan esos elementos, no hay objeto posible. Por el contrario, hay una imposibilidad jurídica para obligar al promitente a celebrar el contrato definitivo.

5.—*Tiempo determinado.*—Es un requisito necesario para la validez de la promesa el que se refiere a cierto tiempo, pues, no debe vincularse indefinidamente a una persona para sostener una oferta. Se estima contrario a la libertad jurídica y a la libertad en general, el contrato de promesa sin sujeción a un plazo, para vincular permanentemente al promitente. Sería además antieconómica una promesa indefinida, sobre todo para celebrar contratos traslativos de dominio. El promitente quedaría en situación de no poder enajenar la cosa o actuar libremente para responder de su promesa unilateral cuando el beneficiario así lo exigiera.

Se presenta aquí un problema semejante al anterior: ¿cuando se omite el tiempo durante el cual quedaría ligado el promitente, el contrato de promesas es válido, inexistente o nulo?

Ya no se trata de un elemento esencial del contrato prometido, de tal manera que no existe una imposibilidad jurídica para compeler u obligar al promitente a otorgar la operación definitiva. Si se omite el tiempo y la ley no exigiera este requisito, no habría una imposibilidad jurídica, porque en cualquier tiempo podría el beneficiario exigir que se celebrara el contrato ofrecido. Hay una razón más bien de carácter jurídico en otro sentido: No coartar el derecho de libertad en forma indefinida y, además, la razón económica ya expuesta. Por esto se estima que la omisión del término es un requisito de validez y no de existencia que, por consiguiente, si posteriormente se señala el plazo, el contrato quedará confirmado en sentido jurídico, es decir convalidado retroactivamente, y aquí se desprende la consecuencia de que si entre la fecha de la promesa y la confirmación se enajenó la cosa, el promitente sí queda obligado a los daños y perjuicios, porque la convalidación operó retroactivamente y ya no se trata de un caso de inexistencia, como el anteriormente analizado.

6.—*Forma.*—Por último, la promesa de contrato debe, para ser válida, otorgarse por escrito; es decir, se caracteriza como un contrato formal en el sentido de que la inobservancia de la forma origina la nulidad relativa del acto jurídico.

A este respecto existen diversos sistemas para determinar la forma que debe observar la promesa. Un primer sistema sostiene que la promesa debe tener las mismas formalidades que el contrato definitivo; que si éste requiere para su validez la escritura pública, la promesa deberá otorgarse también en escritura pública; si requiere el documento privado, la promesa podrá extenderse válidamente en dicho documento, o bien, si el contrato es consensual, la promesa sería válida verbalmente.

Otro sistema consiste en requerir, como lo hace nuestro Código Civil vigente, que la promesa siempre conste por escrito, independientemente de que el contrato definitivo sea consensual o formal. No se exige que la promesa conste en escritura pública; simplemente en escrito que puede ser documento privado o público, de tal suerte que se acepta un término medio, porque para los contratos consensuales definitivos, la promesa es más formalista que ellos, pues no obstante que el contrato definitivo no requiere para su validez la forma, la promesa de ese contrato sí exige para su validez que conste por escrito; pero en relación

con los contratos definitivos que requieren escritura pública, la promesa es menos formalista, porque la compraventa de inmuebles por valor de quinientos pesos o más deberá hacerse constar en escritura pública, en cambio, la promesa de venta de inmuebles cualquiera que sea su valor no necesita de dicha formalidad.

Un tercer sistema consiste en disponer que la promesa es consensual. Este sistema se rechaza en el orden práctico y en la legislación, por cuanto que dejaría a la memoria los elementos característicos del contrato definitivo, y esto sería fuente inagotable de controversias.

La forma en la promesa ya no tiene el contenido sacramental romano, sino el objeto de seguridad, de firmeza, para evitar controversias inútiles dejando a las palabras y a la memoria convenciones esenciales.

7.—*Capacidad.*—En cuanto a la capacidad, se discute si en aquellos contratos en que se requiere una aptitud especial, la promesa exige para el promitente o para el beneficiario la misma capacidad necesaria para el contrato definitivo; por ejemplo, el extranjero necesita tener autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir un bien inmueble fuera de la zona prohibida, es decir, se requiere una capacidad especial en el extranjero para ese efecto, y se presenta el problema de saber si podría celebrar una promesa de compra antes de tener dicho permiso.

Se discute igualmente si en aquellos casos en que para vender se requieren condiciones, también se exigen para prometer en venta. El tutor necesita autorización judicial para vender los bienes del pupilo en ciertos casos; no podría otorgar el contrato defintivo de ventas sin esta autorización, pero ¿puede otorgar el contrato de promesa de venta? Es decir, ¿la capacidad para otorgar en venta, es la misma que para prometer, o bien, la capacidad para el contrato definitivo es la misma que para la promesa?

Estimamos que para la promesa se necesita sólo la capacidad general; ser mayor de edad y estar en pleno uso de las facultades mentales; que la capacidad especial es sólo para celebrar el contrato definitivo; pero que si no se tiene en el momento de concertarlo, habrá un impedimento jurídico para ello; el tutor puede prometer en venta a reserva de obtener la autorización judicial; mas no podrá celebrar la venta misma, si no llega a obtenerla.

CAPITULO III

PROMESA DE COMPRAVENTA

1.—*Legislación anterior y vigente.*—En el estudio de la promesa de contrato conviene hacer especial hincapié en la promesa de venta y en la perspectiva de compra. Ya hemos analizado las tesis que confunden la promesa bilateral de venta con el contrato definitivo de compraventa, y hemos rechazado esta identificación que postula el Código Napoleón y que aceptan autores franceses e italianos. Desde el punto de vista del derecho francés o del derecho italiano hay una disposición que autoriza a identificar la promesa de venta con la venta misma. Dice así el artículo 1589 del Código Napoleón: "La promesa de vender constituirá venta después de haber convenido mutuamente las dos partes, respecto de la cosa y del precio". Es por esta razón por la que en las sentencias del Tribunal de Casación en Francia se sostuvo la tesis de que hasta que se acepta la promesa unilateral de venta, se trasmite la propiedad de la cosa al aceptante. En nuestra legislación, desde el Código de 1870 no existe esa identificación; pero sí se consagró una disposición especial para la promesa. En nuestros Códigos anteriores no se reglamentó el contrato de promesa en general; sólo un artículo reglaba la promesa de compraventa. Decía el artículo 2819 del Código anterior: "Para que la simple promesa de compraventa tenga efectos legales, es menester que se designe la cosa vendida, si es raíz o mueble no fungible. En las cosas fungibles bastará que se designe el género y la cantidad. En todo caso debe fijarse el precio".

Como en el Código de 1884 no se reglamentaba la promesa en general, pero sí la promesa de compraventa, se aceptó dentro de las reglas de la autonomía de la voluntad (y el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, es decir, que todo lo que no es ilícito puede ser objeto de contratación), la existencia de la promesa de contrato en general, así como que ésta debería revestir la misma forma que la del contrato definitivo, ante la falta de una disposición especial que reglamentara este punto.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 184 y 185.

En el Código Civil vigente ya no ha sido necesario regular de manera especial la promesa de venta como lo hacía el Código anterior,

pues las disposiciones generales contenidas en los artículos 2243 a 2247 para todos los contratos preparatorios, nos permiten resolver las cuestiones principales que origina la promesa de venta. Desde luego debemos decir que en nuestra legislación vigente existe tanto la promesa unilateral de venta o de compra, como la promesa bilateral de compraventa. Para afirmar esto aplicamos en sus términos el artículo 2244 que dice así: "La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral".

En el Código en vigor la promesa bilateral de compra y venta no se confunde con el contrato definitivo de ese nombre, pues sólo crea obligaciones de hacer, consistentes en celebrar en el futuro dicho contrato.

En nuestro derecho no es aceptable la tesis de Planiol según la cual la promesa de venta es una convención esencialmente unilateral, pues ya hemos expresado las razones que existen de acuerdo con nuestro Código Civil vigente tanto para rechazar ese punto de vista, cuanto para no aceptar las interpretaciones que en el derecho español hacen respectivamente Sánchez Román y Valverde, no obstante que el artículo 1451 del Código Civil español no coincida con el 1859 del francés. Problema distinto es el relativo a considerar, como lo hace Planiol, la situación jurídica que se presenta cuando el beneficiario de la promesa de venta consiente inmediatamente en comprar, pues si su aceptación es consecutiva a la promesa, es claro que no tuvo en realidad vida el contrato preparatorio dado que carecería de objeto una promesa que tuviese simplemente una duración instantánea; pero si mediase por ejemplo un cierto lapso que puede ser de horas o de días, de tal suerte que se hiciere la promesa y el beneficiario aceptara momentos después, como puede ocurrir en las grandes transacciones que se celebran en la bolsa, estaríamos en presencia de una promesa de venta que después dio origen al contrato definitivo, tal cosa pasaría si durante una hora se mantuviese la oferta de venta de algodón o cereales en favor de cierta persona, la cual si no se comprometía de inmediato a comprar, pero aceptaba la oferta, habría celebrado una promesa unilateral de venta; en cambio, si aceptaba adquirir una hora después, habría celebrado una promesa bilateral de compra y venta. Por estas razones creemos que en nuestro derecho sí es correcto decir: prometo vender... prometo comprar, siendo además frecuente emplear estas expresiones en contra de lo que afirma Planiol.

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 346 a 348.

2.—*Incumplimiento.*—En la promesa de compraventa se presenta un problema especial para el caso del incumplimiento. Bien sea en la

promesa unilateral de venta o en la bilateral de compra y venta, se ha discutido si comete un delito el promitente cuando, faltando al cumplimiento de su promesa, vende la cosa de tal manera que posteriormente no podrá otorgar el contrato definitivo. Desde un punto de vista general se quiso argumentar diciendo que comete el delito de fraude el que dispone de una cosa a sabiendas de que no puede hacerlo, y que el promitente dispone de una cosa de su propiedad a sabiendas de que no debe hacerlo, porque la ha comprometido para una compraventa futura.

Esta interpretación a la luz de una norma penal, olvida la naturaleza jurídica del precontrato. En éste se originan exclusivamente obligaciones de hacer y no de dar. Desde el punto de vista civil, el incumplimiento del contrato preliminar de compraventa, es un caso de incumplimiento de una obligación de hacer, que sólo da lugar a la acción de cumplimiento cuando éste es posible, si es que la cosa aún se conserva en poder del vendedor, o bien, a la acción de daños y perjuicios. Como en la hipótesis que se analiza la cosa no se encuentra ya en poder del promitente, el incumplimiento da lugar a una acción de daños y perjuicios; no hay fraude, porque no hubo trasmisión de propiedad por virtud de la promesa unilateral o bilateral de compraventa; y, por lo tanto, tampoco existió una disposición indebida por parte del promitente, quien aún era dueño de la cosa cuando la enajenó, a pesar de la promesa aceptada. El Código Penal indiscutiblemente se refiere al caso en que se ha adquirido un derecho determinado sobre la cosa, lo cual no ocurre en la promesa de compraventa, en la que no tiene el contratante ni derecho real, ni facultad directa respecto de la cosa.

El Código Civil vigente contiene una disposición general para el caso de incumplimiento de cualquier promesa, concediendo las dos acciones que normalmente se otorgan para todo incumplimiento, es decir: la acción de cumplimiento para obtener la ejecución forzada, que en el caso consiste en que el juez firme en rebeldía del promitente el contrato de promesa definitivo, o bien, exigir el pago de daños y perjuicios, cuando opte el acreedor por esa acción. En el caso de reclamar el cumplimiento puede exigirse también el pago de daños y perjuicios moratorios; cuando se opta por la rescisión, procede el pago de daños y perjuicios compensatorios y, además, moratorios por el retardo imputable al deudor. Dice el artículo 2247:

"Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará

sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte".

En la primera parte tenemos la acción de cumplimiento; en la última, está resuelto el problema que se planteaba bajo el Código anterior y que ante la falta de una disposición terminante, se pretendía encontrar una sanción penal para el incumplimiento de la promesa de venta.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 469.

El Código actual con toda claridad dice que la promesa quedará sin efecto cuando la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe y que entonces el beneficiario tendrá únicamente la acción de daños y perjuicios. No dice el artículo 2247 qué sucede cuando la cosa ha pasado a poder de un tercero que la adquiere con conocimiento que hay una promesa concertada respecto a la misma, es decir, cuando haya mala fe. Como el precepto expresamente requiere la buena fe del tercero, nos da a entender que para el caso de mala fe, la adquisición será con fin ilícito y, por consiguiente, afectada de nulidad absoluta. El beneficiario tendrá entonces acción contra el tercero para exigir la nulidad de su adquisición, es decir, del contrato por el cual adquirió, y una vez obtenida la nulidad y restituida la cosa al patrimonio del promitente, podrá exigir el cumplimiento efectivo de la promesa, para que se otorgue y se firme en rebeldía, en su caso, el contrato definitivo.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 190 a 192.

3.—*Prestaciones a que se tiene derecho en el caso de incumplimiento del contrato preliminar.*—Expresamente el artículo 2247 del Código Civil vigente faculta al perjudicado por el incumplimiento de la promesa, para exigir que se celebre el contrato definitivo, que en su rebeldía firmará el juez. Es decir, se admite que el juez sustituya al incumplido y exprese por él su voluntad para celebrar el contrato prometido. Al efecto, dicho precepto dice: "Si el promitente rehusa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte".

Es aplicable a nuestro derecho la interpretación que hace Chiovenda en su monografía "Della azione nascente del contratto preliminare". En efecto, dice así Francisco Degni al comentar la tesis de Chiovenda:

"Una especial atención merece la doctrina Chiovenda, desarrollada sobre todo en su monografía "Della azione nascente del contratto preliminare". Dicho autor, partiendo del concepto de la sentencia llamada constitutiva, afirma que no se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo: se trata de hacerlo en su defecto. La sentencia no será constitutiva porque constituye el contrato, sino porque consituye directamente el derecho a que se tiende, así, por ejemplo, la propiedad, como sucede en la sentencia de adjudicación. El Estado, actuando en el proceso su propia voluntad, prescinde lo más posible de la voluntad del particular; se incauta de sus bienes, lo desposee de cosas, destruye sus actos ilegales, todo contra su voluntad. El Estado en el proceso, quiere por su propia cuenta, a despecho del particular, y sustituye la actividad ajena, solamente en el sentido de que obtiene con la actividad propia, resultados económicos y jurídicos, que por regla general hubieran podido obtenerse con la actividad del obligado.

Esta tendencia del proceso a dar cuanto más es posible dar al acreedor —continúa Chiovenda—, encuentra límites, límites de derecho, e imposibilidad de hecho. Los límites jurídicos se manifiestan particularmente en la posibilidad o admisibilidad de los medios ejecutivos. La infungibilidad de la prestación, ciertamente es una imposibilidad de hecho, pero no se trata de infungibilidad jurídica porque el efecto jurídico del acto de voluntad puede conseguirse de otro modo. La autonomía de la voluntad no entra aquí, porque ese principio tiene una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, ninguna en el del cumplimiento. Del contrato preliminar de compraventa nace, ciertamente, en primer lugar, un derecho tendente a la prestación de un acto de voluntad del obligado, a favor de aquel que ha prometido comprar y contra aquel que se ha obligado a vender: mas en el caso de incumplimiento de esa obligación, surge a favor del promitente un derecho encaminado al efecto jurídico que constituye la finalidad de la promesa, esto es, el derecho a la propiedad; y este derecho será actuado por vía de acción.

Esta doctrina sutil y aguda del insigne procesalista italiano, no puede acogerse. Por mucho que se quiera ampliar el concepto de la fundación del Estado en el proceso, ésta no puede superar los límites establecidos por la voluntad de las partes en la constitución de una determinada relación jurídica.

Es verdad que actuando el Estado en el proceso su voluntad sustituye ésta a la voluntad de la parte reacia, pero sólo en cuanto y por cuanto existe ya perfecta una determinada relación jurídica. La adjudicación de los bienes al acreedor expropiante contra la voluntad del deudor, encuentra su razón de ser en el derecho que corresponde al acreedor sobre todos los bienes de su deudor, y particularmente sobre aquellos que constituyen una garantía real, entendiéndose que si el deudor no cumple espontáneamente su obligación, podrá ser constreñido de modo específico, con la ejecución coactiva de sus bienes, que le serán transferidos con el concurso de la voluntad del Estado". (Francisco Degni, Ia Compraventa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 39 y 40).

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

4.—*Compraventa a plazo, titulada promesa de venta.*—Son verdaderas ventas a plazo, aun cuando se les titule en el contrato de promesa de venta, aquellas en que se enajena un predio cuyo valor se debe cubrir en diversos abonos, y en que se estipula que las contribuciones serán pagadas, desde luego, por el comprador, y que al acabarse de pagar el precio se otorgará la escritura pública relativa, entrando el comprador en la posesión de la finca, en el momento de celebrarse el contrato; siendo entonces de aplicarse el artículo 2899 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de 1844, que permite al comprador pagar aun después de expirado el término, mientras no se haya constituido en mora, por virtud de un requerimiento, y que si éste se ha hecho, el juez debe concederle nuevo término. (Ultima compilación editada en 1965, Cuarta parte, Vol. I, tesis 109, pág. 327).

5.—*Promesa de venta.*—Mediante la promesa de venta no se trasmite el dominio de la cosa, pues en ella sólo se consigna una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato definitivo. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. III, tesis 271, pág. 806).

6.—*Promesa de venta.*—La promesa de venta constituye un contrato preparatorio del de compraventa, que obliga a las dos partes contratantes; contrato que, si bien no trasmite la propiedad, sí engendra derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen, y, por tanto, el derecho formal, no simplemente posible, por parte del vendedor, para exigir del comprador que se lleve a caba el contrato. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. III, tesis 272, pág. 812).

7.—*Compraventa.*—El artículo 2300 del Código Civil para el Distrito Federal concede al vendedor el derecho de pedir la recisión del contrato en el caso en que el comprador no pague el precio, facultad que también le otorga el artículo 1949 del Ordenamiento en cita. Este último dispositivo también faculta al perjudicado a pedir la resolución. Aún en el caso en que primeramente hubiese optado por el cumplimiento, siempre y cuando éste resultase imposible; de ahí pues, que en el caso de que el vendedor reciba alguna cantidad de dinero a cuenta del precio con posterioridad a la fecha en que se debía cumplir con tal obligación no procede la rescisión por ese incumplimiento, sino que se demuestre que fue imposible el cumplir con el contrato, precisamente porque ante la disyuntiva que tenía el perjudicado de solicitar el cumplimiento del contrato o su rescisión optó por la primera, razón por la cual tácitamente se decidió por una de ellas y, en principio, renunció a la otra.

Amparo directo 1231/78.—Francisco José Philiberth M.—11 de julio de 1979.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.—Secretario: Carlos González Zárate.

Informe 1979.—Tercera Sala. Núm. 17. Pág. 16.

8.—*Compraventa con reserva de dominio, carácter de la posesión del comprador en caso de.*—Si bien es cierto que el artículo 2315 del Código Civil para el Distrito Federal equipara al comprador con reserva de dominio que recibe el bien enajenado con el arrendador, también lo es, que ello no es más que una comparación que permite al juzgador aplicar las reglas del arrendamiento a los casos en los cuales se rescindió la compraventa, pero no puede tener el alcance de desvirtuar la naturaleza de propietario condicional que tiene el adquirente mientras no satisface el precio o no se rescinde la venta y darle el carácter de arrendador que no tiene, por la sencilla razón de que entre vendedor y comprador no se estipuló un contrato de arrendamiento sino una venta, cuyos pagos se aplican al precio y no a una renta o alquiler.

Amparo directo 4558/78.—Margarita González Rubio.—28 de septiembre de 1979.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos González Zárate.

Informe 1979. Tercera Sala. Núm. 18. Pág. 17.

9.—*Compraventa con reserva de dominio, lugar para el pago del precio en la.*—Si no se señaló en el contrato el lugar de pago del saldo, éste debe hacerse, de conformidad con los artículos 2293, 2294, 2082, 2083 y 2084 del Código Civil del Distrito Federal, en el lugar en que

la cosa se entregó, o sea en el lugar en que se encuentra ubicado el inmueble objeto de lo compraventa, y si el acreedor no demuestra haber ocurrido a ese lugar a cobrar y que se le haya negado el pago, el deudor no puede incurrir en mora, y por lo mismo tampoco tiene obligación alguna de efectuar consignación alguna del saldo.

Amparo directo 5148/75.—Roger Orellana Gallardo.—7 de febrero de 1977.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Precedentes:

Sexta Epoca:.
Volumen LXXXV. Cuarta Parte, Pág. 30.

Volumen CVIII, Cuarta Parte, Pág. 78.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 97-102. Cuarta Parte. Enero-junio 1977. Tercera Sala. Pág. 41.

10.—*Compraventa en abonos, rescisión del contrato de efectos respecto al pago de una renta.*—Si al comprador le es entregada por el vendedor la posesión del inmueble motivo de la operación, como el uso no es una prestación que se pueda restituir, la ley tradujo esa restitución en el pago de una renta, pero no en atención a una simple apreciación subjetiva o presuncional de las partes contratantes, sino al valor efectivo de la prestación recibida; por eso la exigencia de que el monto de la renta que deba pagar el comprador sea fijado por peritos y no arbitrariamente por las partes. En tales circunstancias, no puede ser condenado el comprador al pago de la renta fijada de antemano por los contratantes, ya que el comprador tiene derecho irrenunciable a que su monto se fije por peritos.

Amparo directo 446/74.—María del Carmen Garrido de Castellanos.—29 de enero de1976.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 85. Cuarta Parte. Enero 1976. Tercera Sala. Pág. 15.

11.—*Compraventa. Entrega que la vendedora hace del inmueble vendido, como medio para conservar expedita su acción de rescisión de la.*—El artículo 1949 del Ordenamiento citado, estatuye: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende de implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe . . . ": precepto que explica que si la vendedora se allanó a cumplir con la entrega del inmueble, no obstante haber recibido el pago

inicial con un déficit de cuarenta y cinco mil pesos, el hecho seguramente se devió al deseo de conservar expedita su acción de rescisión, puesto que, como es sabido, quien no cumple, no tiene derecho de exigir de la otra parte el cumplimiento.

Amparo directo 1100/79.—Ofelia Molina de González.—17 de octubre de 1979.—5 votos.—Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo.—Secretario: Pedro Elías Soto Lara.

Informe 1979. Tercera Sala. Núm. 19. Pág. 17.

12.—*Compraventa, la forma no es elemento constitutivo de la.*— Al lado de los documentos constitutivos o ad solemnitatem, existen los declarativos o ad probationem, y mientras que los primeros son aquellos sin los cuales el acto jurídico que en ellos se hace constar no puede nacer y se dice que son constitutivos del acto mismo, como acontece vervigracia tratándose del acto de matrimonio, de la letra de cambio, del cheque, etc., en cambio, los segundos, ciertamente sirven para la demostración del acto o contrato que contengan, pero no excluyen la prueba de ese acto o contrato por otros medios entre las partes, como sucede precisamente tratándose de la compraventa, puesto que no es en ella la forma elemento de constitución, aunque puede serlo para su eficacia respecto de terceros, y tan no es la forma elemento de constitución en la compraventa, que inclusive cuando exige la ley que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficacia se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebren.

Quinta Epoca:

Amparo directo 5169/55.—Guillermo Francisco Macías.—Unanimidad de 4 votos.

Tomo CXXX, Pág. 235.

Séptima Epoca:

Amparo directo 3247/69.—José Galindo Fragoso y Amelia Esparza de Galindo.—Unanimidad de 4 votos.

Volumen 20, Cuarta Parte, Pág. 13.

Amparo directo 5946/73.—Elías Naime Nemer.—Unanimidad de 4 votos.

Volumen 78, Cuarta Parte, Pág. 18.

Amparo directo 4407/74.—Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S. A.—5 votos.

Volumen 88, Cuarta Parte, Pág. 29.

Amparo directo 4406/74.—Fraccionadora y Constructora de Acapulco, S. A.—5 votos.

Volumen 88, Cuarta Parte, pág. 29.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 90. Cuarta Parte. Junio 1976. Tercera Sala. Pág. 59.

13.—*Compraventa. Precio mayor en parte en dinero y menor en parte con el valor de otra cosa para que exista la, y no una permuta.* (*Legislación del Estado de Jalisco*). Cierto es que el artículo 2168 del Código Civil del Estado de Jalisco estatuye que "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero", es decir, el pago debe hacerse en dinero; sin embargo, el artículo 2170 del mismo Código Civil establece la posibilidad de que el precio se pague parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, debiendo ser mayor la cantidad que se pague en numerario para que sea compraventa, pues de lo contrario se tratará de una permuta.

Amparo directo 3212/74.—Enrique Ladrón de Guevara y Castañeda.—3 de marzo de 1976.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Agustín Téllez Cruces.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 87. Cuarta Parte. Marzo 1976. Tercera Sala. Pág. 17.

TITULO III

COMPRAVENTA

CAPITULO I

Definición y Evolución de la Compraventa

1.—*Importancia, función jurídico-económica.*—El contrato de compraventa es indiscutible el que tiene mayor importancia entre los de su clase, en primer lugar porque se trata del contrato tipo de los translativos de dominio y, además, porque constituye la principal forma moderna de adquisición de riqueza; es decir, tanto en su función jurídica como económica, debe merecer un estudio especial.

Como contrato tipo de los translativos de dominio, aplicaremos sus reglas principales a la permuta; sufrirán éstas modificaciones esenciales en la donación; también recurriremos a la compraventa para explicarnos ciertas especialidades del mutuo, de la sociedad, de la transacción y de la renta vitalicia.

Por otra parte, la compraventa constituye el medio primordial de adquirir el dominio. Las formas de adquisición del dominio están representadas por el contrato, la herencia, la prescripción, la ocupación, la accesión, la adjudicación y la ley. El contrato es en el derecho moderno la forma principal de adquirir el dominio, dentro del grupo de los contratos translativos, y la compraventa es a su vez la figura fundamental para adquirir la propiedad dentro de los contratos translativos de dominio.

"Se trata indudablemente del más importante y frecuente de todos los negocios jurídicos y constituye la fuente más copiosa de obligaciones. A punto tal que, como anotan Colin y Capitant, se ha dicho con razón que "si bien no todo el mundo vende, puede decirse con verdad que todo el mundo compra"; y se ha

agregado que aproximadamente un 70% de los actos de la vida de un hombre se reducen a comprar o vender.

Todos los autores coinciden en explicar que la compraventa es resultante de la evolución del contrato de permuta, permutación, cambio o trueque, pues primitivamente los hombres negociaban entre sí cambiándose una cosa por otra, pero ese tipo de contrato quedó relegado al aparecer la moneda como denominador común de los valores de cambio. Desde ese momento adquirió supremacía incontestable el contrato de venta o compraventa". (Luis María Rezzónico, Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 3 y 4).

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traduc. de Mario Díaz Cruz, Los Contratos Civiles, t. X, pág. 1.

2.—*Definición.*—Precisada la función jurídica y económica de la compraventa, entraremos en materia, analizando su definición. La compraventa en el derecho latino moderno, que deriva del Código Napoleón, es un contrato translativo de dominio, es decir, se define como el contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero.

"La compraventa constituye uno de los modos de adquirir derivativos, y es un contrato oneroso y bilateral, por el que un sujeto, llamado vendedor, se obliga a transferir a otro sujeto, que se denomina comprador, la propiedad de una cosa corporal o incorporal (herencia, créditos, derechos, acciones) mediante un precio determinado o determinable". (Francisco Degni, La Compraventa, traduc. por Francisco Bonet Ramón, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 1 y 2).

Esta definición elaborada a la luz de la interpretación del Código francés y de la doctrina posterior, no es, sin embargo, la noción que encontramos consagrada en ese ordenamiento y, posteriormente, en aquellos que ha inspirado, como el italiano, el español vigente, el portugués, o los nuestros de 1870 y 1884; por el contrario, en la definición del Código Napoleón, encontramos casi los términos romanos, que no hacen alusión a la transmisión de la propiedad, sino simplemente a la entrega de la cosa, y no es sino por los antecedentes y las disposiciones dispersas que se encuentran en el Código francés, tanto en el capítulo de compraventa, como en el de obligaciones de dar, por lo que podemos considerarlo esencialmente como un contrato translativo de dominio.

Por esto conviene estudiar la compraventa en su evolución, tanto a partir del derecho romano, como en los cambios que sufre en el antiguo derecho francés, para llegar al Código Napoleón, y precisar la influen-

cia de este Código en el derecho latino europeo y, posteriormente, en nuestra legislación positiva.

"El artículo 1582, al definir la venta diciendo que es una convención por la cual se obliga uno a entregar una cosa y el otro a pagarla, deja en la sombra dos efectos esenciales producidos por este contrato: nada dice sobre la obligación de transferir la propiedad ni sobre la obligación de garantía, que incumben ambas al vendedor, al menos en la gran mayoría de los casos.

Se estaría más cerca de la verdad diciendo que la venta es un contrato en virtud del cual, una de las partes, el vendedor, se obliga a transferir y garantizar al comprador una propiedad corporal o incorporal, mediante un precio en dinero que éste se compromete a pagarle". (Louis Josserand, Derecho Civil, Contratos, traduc. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, t. II, v. II, págs. 3 y 4).

3.—*Evolución del concepto de compraventa en el derecho romano antiguo y clásico.*—En el derecho romano, la compraventa no fue translativa de dominio; se definía como un contrato por el cual el vendedor se obligaba a entregar una cosa y a garantizar su posesión pacífica y útil, y el comprador, a pagar un precio; es decir, que por virtud de la compraventa el vendedor sólo tenía la obligación de entregar la cosa, y garantizar una posesión pacífica y útil al comprador, respondiendo de las perturbaciones jurídicas de tercero respecto de esa posesión, y de los vicios ocultos de la cosa.

También, en el derecho romano la compraventa podía recaer sobre cosas ajenas, en el sentido de que si el vendedor garantizaba la posesión pacífica y útil, el contrato era válido, y el comprador no podía reclamar entretanto no se le privara de la cosa, aun cuando tuviera conocimiento cierto de que era ajeno. Esto no quiere decir que el derecho romano permitiera la disposición de las cosas ajenas y considerara como lícita esa enajenación, pues podría la interpretación llevarnos al grado de considerar que en el derecho romano se autorizaba el fraude, cuando alguien tomando una cosa ajena, la vendía. Evidentemente que no quiere decir el principio romano, de que la venta de cosa ajena era válida, que el mismo derecho autorizara una disposición fraudulenta. Lo único que significó fue que la obligación del vendedor no consistía en transmitir el dominio; que, por consiguiente, la venta era válida en tanto que garantizaba la posesión al comprador, pero es claro que si posteriormente el dueño de la cosa reivindicaba ésta, como el vendedor no había cumplido con la obligación de garantizar, desde este punto de vista era responsable por el incumplimiento de su obligación específica, consistente en mantener al comprador en el uso y goce de la cosa.

Por último, en el derecho romano el contrato por sí solo no era translativo de dominio, tratárase de compraventa, permuta, donación o sociedad, pues era menester, además del contrato, que tenía un simple efecto obligatorio pero no traslativo, recurrir a ciertas figuras jurídicas que según los tiempos se llamaron mancipatio, in jure cessio o traditio, para que en unión del contrato, se operase la translación de la propiedad. Además de estas figuras jurídicas, existían otros medios de consolidar el dominio, como la usucapión, que partiendo de la compraventa o de algún contrato de los que actualmente son traslativos de dominio, otorgaba al adquirente, a través del tiempo, la propiedad. El efecto del contrato era, desde este punto de vista, conceder una posesión apta para adquirir el dominio por prescripción, o bien conceder la posesión pretoriana, que justamente se diferenciaba del dominio, en que no otorgaba la propiedad romana ex jurequiritum, pero que sí constituida una forma de posesión eficaz, para que a través del tiempo se convirtiera en dominium.

Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, traduc. de W. Roces, México, 1951. pág. 235 .

Explica Ortolan que el primitivo contrato de cambio o permuta evolucionó hasta que se llegaron a emplear diversos metales cuya cantidad se determinaba pesándolos, como una mercancía común, para operar en las distintas operaciones de trueque. Por esto los romanos denominaron al objeto que se daba en cambio, *merx* y al metal *pretium*, formándose así los términos de mercancía y precio.

Conforme a los principios del derecho romano, el simple acuerdo de voluntades no era capaz de realizar ninguna transmisión de propiedad.

M. Ortolan, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, novísima quinta edición, traduc. de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1884, t. II, págs. 295 y 296.

La compraventa romana fue evolucionando en lo que se refiere a sus efectos, pues en este contrato lo mismo que en todos aquellos en los que el derecho de gentes introdujo serias modificaciones, se advierte que paulatinamente se van determinando por grados las distintas consecuencias jurídicas por el Derecho Civil. Ortolan nos precisa los efectos mismos de la compraventa romana en la siguiente forma:

"La venta por sí misma no transfiere al comprador la propiedad de la cosa vendida. La venta es un contrato: por consiguiente, su único efecto consiste en

producir obligaciones; y las produce lo mismo para una que para otra parte, de donde toma la clasificación de contrato bilateral. El vendedor no se obliga tampoco a hacer al comprador propietario: en esto, como en otros muchos puntos, se diferencia mucho del que hubiese prometido por estipulación dar (*dare*) una cosa... ¿Cuáles son, pues, las obligaciones del vendedor? Está obligado a suministrar la cosa, es decir, a hacer tradición de ella en el tiempo y lugar convenidos. Pero ya sabemos que hacer tradición de una cosa es entregar la posesión de ella (t. I, pág. 352). Los jurisconsultos romanos tenían también una expresión especial para precisar en este punto la obligación del vendedor: decían que debían dar *"vacuam possesionem"*, es decir la posesión libre, desembarazada de todo obstáculo. Bien entendido que la cosa debe quedar libre con todos sus accesorios. Pero no es indicar suficientemente la extensión de la obligación del vendedor decir que debe dar o entregar la cosa. Es preciso recurrir a otra expresión sancionada en el derecho romano, y mucho más enérgica: está obligado a proporcionarla al comprador *"remlicere habere"*; es decir, la facultad de tener la cosa y usar de ella en todo como señor. *"Obligatus est venditor ut praestet licere habere"*, dice Justiniano: *"Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat"*, dice Africano. De aquí se deduce que cuando la cosa ha sido entregada mientras que el comprador conserva la facultad de tenerla como dueño, y aun cuando tuviese prueba de que dicha cosa pertenecía a otro, nada tiene que pedir al vendedor, porque la obligación de este último se halla cumplida; pero desde el momento que, por efecto de una causa anterior a la venta, se priva al comprador jurídicamente de la cosa, tiene un recurso para dirigirse contra el vendedor por daños y perjuicios (*in id quod interest*). Esta obligación del vendedor se expresa diciendo que está obligado a asegurar al comprador de toda evicción". (Ortolan, ob. cit., t. II, págs. 305 y 306).

Antes de que se adoptase abiertamente en el derecho romano el carácter consensual de la venta, y aun después, cuando todavía no se precisaban con absoluta certeza en el derecho civil todos sus efectos, fue costumbre recurrir a la estipulación, mediante ella el comprador estipulaba la dación de la cosa, quedando de esta suerte obligado el vendedor a transferirle la propiedad; asimismo se estipulaba la libre posesión, o la garantía de la evicción o de los vicios de la cosa, podía convenirse la restitución del precio o del doble del mismo como era costumbre derivada probablemente de la Ley de las Doce Tablas (*duplae stipulatio o duplae cautio*).

4.—*Derecho romano posterior.*—En los últimos tiempos del derecho romano, notamos la siguiente evolución: la mancipatio y la in jure cessio, que fueron necesarias en el primitivo derecho romano y en el derecho clásico, para trasmitir la propiedad, van perdiendo su importancia para ser substituidas por la traditio. En un principio la mancipatio y la in jure cessio se referían a las cosas mancipi, y la traditio a las cosas nec mancipi. Si se recurría a la traditio para una cosa mancipi, no

había transmisión de dominio, sino sólo de posesión, que podía ser útil para la usucapio y convertir a través del tiempo esa posesión en propiedad. Era menester para estos bienes principales recurrir necesariamente a la mancipatio o a la in jure cessio.

En los últimos tiempos del derecho romano, la traditio se consideró apta para operar la transmisión de la propiedad, respecto de bienes mancipi y, por consiguiente, substituyó a la mancipatio y a la in jure cessio. A su vez, dentro de la traditio real, consistente en la entrega de la cosa, se operó una evolución que preparó el desarrollo del derecho moderno. Poco a poco se convirtió la traditio real en simbólica o ficta. En las Institutas de Justiniano se dice que se enseñaban a los estudiantes las formas de la traditio real, únicamente por razones históricas, pero que ya había caído en desuso, bastando la traditio simbólica, como la entrega de las llaves del local en donde se encontraba la cosa; o la traditio ficta, cuando se confesaba haber recibido el bien antes de que materialmente se hubiera entregado; pero para los efectos jurídicos, esta ficción en la entrega era bastante, como forma de traditio para transmitir la propiedad, y así se dice en las Institutas, que habiendo caído en desuso para ciertos bienes la traditio real, se reconocen formas de traditio simbólica o ficta.

"A este problema tan interesante dedicó su atención un agudo romanista italiano, Albertario. Con un diligente examen analítico y comparativo de los textos, llegó a la consecuencia de considerar que el momento de la trasmisión de la propiedad de la cosa en la compraventa romana, ha de ser examinado en la fase clásica y en la postclásica justinianea; en la segunda fase, la trasmisión de la propiedad tiene una regulación uniforme en la compraventa de cualquier res; en cambio, en la primera, aquélla es diversa, según se trate de res mancipi o de res nec mancipi, es decir, según debiera ser transferida mediante la mancipatio o mediante la traditio. Si la cosa vendida era nec mancipi, y por esto venía puesta a disposición del comprador mediante la traditio, la trasmisión de la propiedad se verificaba statim, en el momento en que tenía lugar la tradición, y no estaba subordinada al pago del precio o a la oferta de una garantía concreta por él. Si la cosa vendida era mancipi, y por esto venía mancipio data, la propiedad no se trasmitía, si el precio no hubiese sido pagado, o si no hubiese dado un fidejussor o un expromissor o un pignus.

A esta consecuencia llega Albertario, considerando que los textos que no subordinen la trasmisión de la propiedad al pago del precio o a la oferta de una garantía concreta, se refieren a la venta seguida de

tradición, esto es, a la venta de res nec mancipi; los otros textos, que requieren el pago del precio, o, en su defecto, una garantía concreta, originariamente se referían a todas las ventas seguidas o que debían ser seguidas de mancipatio, esto es, de la res mancipi.

En la compilación justinianea desaparece la distinción entre res mancipi y nec mancipi, y convertida la traditio en modo general de adquisición, fatalmente debía suceder que la trasmisión de la propiedad en la compraventa justinianea, se verificase siempre en el momento de la tradición, porque toda cosa vendida, en el Derecho justinianeo, se transfiere con la tradición". (Degni, ob. cit., págs. 5 y 6).

5.—*Derecho francés y otras legislaciones.*—Esta evolución del derecho romano, preparó el camino al antiguo derecho francés, para que, a través de formas consuetudinarias, se conservase la traditio simbólica y ficta; pero seguía formalmente mencionándose en los contratos la entrega de la cosa como un elemento necesario para la transmisión de la propiedad.

Todavía en tiempo de Pothier —que inspiró al Código Napoleón, y que se considera como el más fiel expositor del derecho antiguo francés— se sostuvo que la compraventa no era traslativa de dominio por sí sola, es decir, sin la traditio, pero se reconoció que esta podía ser simbólica o ficta. Sin embargo, ya autores contemporáneos de Pothier sostenían antes del Código francés, que la compraventa por sí sola transmitía la propiedad. En estas condiciones, al redactarse en el año de 1804 el Código Napoleón se partió del principio consagrado por los artículos 1138, 1582 y 1583 de dicho ordenamiento, que así dicen:

"La obligación de entregar la cosa será perfecta por sólo el consentimiento de los contratantes. Hará al acreedor propietario y pondrá a su cargo aquélla, desde el instante en que haya debido entregársele aun cuando no se haya verificado la tradición, a no ser que el deudor sea moroso en entregársela en cuyo caso quedará la cosa por cuenta y riesgo de éste último".

"La renta es un contrato por el cual uno se obliga a dar una cosa y otro a pagarla. Podrá hacerse en documento público o privado".

"Será perfecta (la venta) entre las partes, y la propiedad quedará adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se convenga en la cosa y en el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado el segundo".

El artículo 1138 antes transcrito, se encuentra en el Código Napoleón a propósito de las obligaciones de dar y conforme al artículo 1136:

"La obligación de dar comprenderá la de entregar la cosa y conservarla hasta su entrega, so pena de indemnizar los daños y perjuicios al acreedor".

Relacionando los distintos preceptos invocados se concluye que para el ordenamiento francés la obligación de entregar la cosa lleva aparejada la trasmisión del dominio, pues perfeccionándose por el solo consentimiento de las partes, hace al acreedor propietario.

"Los redactores del Código Civil son quienes modificaron la noción histórica de la compraventa, al decidir implícitamente que ésta supone la trasmisión al adquirente de la propiedad de la cosa vendida. Al final del antiguo derecho, Pothier afirmaba todavía que la trasmisión de la propiedad no era elemento de la venta, ya que ésta solamente hacía nacer obligaciones recíprocas a cargo de las partes". (Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos, t. X, pág. 8).

Claramente se ha aludido a aquella evolución sufrida desde el derecho de Justiniano, a través del antiguo derecho francés, y este principio tuvo una repercusión enorme en todo el mundo latino; con excepción de ciertos Códigos, se declaró por las legislaciones latinas que tratándose de cosas ciertas y determinadas, el contrato era apto para trasmitir el dominio, pues ya no tenía sólo un simple efecto obligatorio, sino que principalmente cuando era de compraventa, permuta, donación, sociedad, renta vitalicia, su efecto era translativo de dominio, en forma directa e inmediata; ya no era menester la entrega de la cosa siempre y cuando fuera cierta y determinada. El artículo 1583 del citado Código napoleónico suprimió toda duda para la compraventa, debiendo aplicarse también a los demás contratos que se acaban de citar. Confirman la misma idea los artículos 1599, 1603, 1604 y 1626, al estatuir:

"La venta de la cosa de otro, será nula; y podrá dar lugar a daños y perjuicios, cuando el comprador ignore que era de otro".

"Existirán dos obligaciones principales (del vendedor): la de entregar, y la de garantizar la cosa vendida".

"Entrega es la traslación de la cosa vendida al dominio y posesión del comprador".

"Cuando al tiempo de la venta no se haya estipulado nada sobre la garantía, estará de derecho obligado el vendedor a garantizar al adquirente de la evicción que experimente en el todo o parte del objeto vendido, o de las cargas que le resulten sobre el mismo, y que no se hayan declarado en el momento de la venta".

Al consagrar el artículo 1599 el principio de que la venta de cosa ajena es nula, se separó del derecho romano en el cual, según hemos ya indicado, existió el principio contrario.

Es, por consiguiente, a través de estos preceptos como tenemos que interpretar los artículos del Código Napoleón que se refieren a la compraventa, porque si sólo nos limitamos al precepto especial que la define, podríamos tener la impresión aparente, de que seguía siendo un contrato al estilo romano, que sólo generaba la obligación de entregar la cosa.

En el derecho español, como hace notar Manresa, el Código Civil no admite la trasmisión de la propiedad por el mero consentimiento de las partes en el contrato de compraventa, sino que requiere la tradición o entrega.

"Por otra parte, la compraventa en nuestro derecho (dice el citado autor) ni siquiera puede decirse que produzca la obligación de trasmitir el dominio sino únicamente la posesión de la cosa. En efecto, el vendedor se obliga, como dice el artículo 1445, a entregar la cosa, y se entiende entregada, según el 1462, cuando se pone en poder y posesión del comprador. El sistema procede del derecho romano". (Manresa y Navarro, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, t. X, pág. 23).

En el artículo 1495 del Código holandés se dispone que el comprador no adquirirá la propiedad del objeto vendido sino después de que éste le haya sido entregado.

En el Código Civil argentino el artículo 1323 define la compraventa así: "Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto y en dinero". A primera vista podría pensarse que en el citado precepto se consagra con toda claridad el efecto traslativo de dominio como consecuencia directa del contrato, sin necesidad de la entrega de la cosa, pero el artículo 577 del propio Código nos lleva a la conclusión contraria al estatuir: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

6.—*Códigos Mexicanos de* 1870 *y* 1884.—El siguiente período está representado para nosotros por nuestros Códigos de 1870 y 1884. En los mismos existe un problema semejante de interpretación por cuanto, que en la definición de la compraventa, también se recuerda el concepto romano, al decir que el vendedor se obliga a entregar una cosa. No dice que el vendedor trasmita el dominio de la misma. El artículo 2811 del Código de 1884, igual al relativo del Código de 1870, dice:

"La compraventa es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir un derecho o a entregar una cosa, y el otro a pagar un precio cierto y en dinero".

Es decir, notamos que por cuanto a la cosa hay sólo obligación de entregarla; y por lo que se refiere al derecho, existe el deber de transferirlo. A primera vista, el que el Código distinga las cosas de los derechos, y establezca la transferencia de éstos y simplemente la entrega de las primeras, podría orillar o concluir que expresamente, para las cosas la compraventa no fue translativa de dominio. Pero, además de los principios fundamentales que hemos explicado, tenemos los siguientes:

"La venta es perfecta y obligatoria para las partes por el solo convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho". (Art. 2818).

Y en relación con este artículo, el 2822 del mismo Código de 1884 dijo:

"Desde el momento que la venta es perfecta conforme a los artículos 1276, 1436 y 2818, pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, teniendo cada uno de ellos derecho de exigir del otro el cumplimiento del contrato".

Requiere el artículo 2822 que la venta sea perfecta conforme a los artículos 1276 y 1436; el primero estatuía:

"Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley".

El segundo precepto justamente consagra el principio napoleónico de que, en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la translación de la propiedad se opera por efecto directo e inmediato del contrato, con lo que queda perfectamente redondeado el principio de que la venta fue translativa de dominio desde el Código de 1870; y por si esto no fuera bastante, en los artículos 2850, 2830 y 2831 del Código de 1884 se declaró respectivamente:

"El vendedor está obligado: I.—A entregar al comprador la cosa vendida. II.—A garantizar las calidades de la cosa. III.—A prestar la evicción".

"Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad o aquello a que tiene algún derecho legítimo".

"La venta de la cosa ajena es nula; y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe".

7.—*Código Civil vigente.*—El Código Civil vigente, por último de manera clara dice que el contrato de compraventa crea la obligación de transmitir la propiedad de las cosas o de los derechos.

"Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero". (Art. 2248).

Se nos presenta este problema: Declara el Código que "uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad"; no dice "transmite". Este artículo lo tomamos del 1323 del Código argentino que, a pesar de que estatuye que el vendedor se obliga a transferir la propiedad, en otro precepto agrega que para la transferencia se opere, es menester la entrega de la cosa. Dicen así los artículos 1323 y 577 del citado Código:

"Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".

"Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

Y nosotros, separándonos del Código argentino, decimos: la obligación de trasmitir la propiedad conforme al artículo 2014 que tomamos del Código francés, surge directa e inmediatamente del contrato, sin necesidad de tradición: por esto conviene interpretar debidamente dicho precepto que textualmente dice: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público".

Es decir, se considera en el Código argentino que la definición de la compraventa no supone como consecuencia directa e inmediata la trasmisión del dominio sino que es menester la entrega o tradición de la cosa, y por esto se dice que el vendedor se obliga a transferir el domino y no que lo trasmita. Cabe, por consiguiente, sin incurrir en contradicción, que exista el precepto del Código argentino que requiere la tradición para que el dominio realmente se trasmita, como cabría también en nuestro derecho, sin alterar la definición, admitir ese requisito o suprimirlo.

No obstante, nosotros cambiamos el sistema, y si en la definición reconocemos un efecto sólo obligatorio, y no translativo, en otros artículos indicamos que el efecto obligatorio es simultáneamente translativo, o en otras palabras, que coexisten la obligatoriedad y la trasmi-

sibilidad del dominio, principalmente porque hay un artículo general que ya transcribimos, que nos dice que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la trasmisión de la propiedad opera por efecto directo e inmediato del contrato.

De esta suerte, si la trasmisión se opera por efecto o, jurídicamente hablando, como consecuencias del contrato, sí hay instante en el tiempo, que mentalmente podemos concebir, para diferenciar el efecto obligatorio del translativo del dominio. Lógicamente primero existe el efecto obligatorio y, en seguida, de manera directa e inmediata, pero por vía de consecuencia, se operará la trasmisión de la propiedad; y, como la consecuencia, siempre es posterior a la condición o antecedente, de la misma suerte que en la ley de la naturaleza el efecto es posterior a la causa, deducimos de aquí que (según la definición de la compraventa consagrada por el artículo 2248 y el principio fundamental que desde el Código Napoleón hemos aceptado para las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas), primero hay el efecto obligatorio y después traslativo; pero que es una sucesión que sólo mentalmente podemos separar en cuanto al tiempo. Prácticamente, el efecto translativo coexiste con el obligatorio; no habría manera de apreciar en la realidad dos etapas con efectos distintos.

Esto nos hace pensar que la definición del artículo 2248, por lo que se refiere a la compraventa, debió haberse enunciado indicando al propio tiempo el efecto obligatorio y el translativo, porque toda definición para ser correcta debe comprender los elementos esenciales; y la lectura del artículo 2248 nos deja la impresión de que la compraventa sólo tiene un efecto obligatorio para que, posteriormente, como consecuencia de la misma, se trasmita la propiedad, y tan es así, que el Código argentino, admitiendo la misma definición, sin contradecirse, declara que el efecto obligatorio, para llegar a operar la trasmisión del dominio, requiere la entrega de la cosa. No obstante, habría que definir la compraventa de cosas ciertas y la de cosas en especie indeterminada, para coordinar en la primera el efecto obligatorio y el translativo y para reconocer en la segunda sólo el efecto obligatorio. Seguramente esto hizo pensar a la Comisión encargada de redactar el Código en vigor, que no podría en una sola definición incluirse el efecto translativo, ya que éste no se presenta como consecuencia directa del contrato en las cosas de especie indeterminada, y también sería demasiado complicar una definición, separar los conceptos según que se tratara de cosas ciertas o de cosas de especie indeterminada.

Para nuestros fines de doctrina, sí podemos diferenciar, ensayando una definición de estas dos formas y decir: En la compraventa de cosas ciertas y determinadas el vendedor trasmite la propiedad a cambio de un precio cierto y en dinero; o, siguiendo el sistema del Código, diríamos: En la compraventa de cosas ciertas y determinadas una de las partes trasmite a la otra la propiedad de esos bienes, o de un derecho y ésta a su vez se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. Por lo que se refiere a la compraventa de cosas de especie indeterminada diríamos que una de las partes se obliga a transferir la propiedad de las mismas y la otra a pagar un precio cierto y en dinero. Para que se trasmita el dominio es menester que la cosa se haga cierta y determinada con conocimiento del comprador.

Messineo, ob. cit., t. V, págs. 57 y 58.

En el Código Civil alemán encontramos también un concepto semejante que sin embargo, nos lleva a consecuencias distintas para la trasmisión del dominio. Este Código enuncia también el efecto obligatorio de la definición; indica que una de las partes se obliga a procurar el dominio, pero dispone que, tratándose de bienes inmuebles para que el dominio se trasmita es menester que ambas partes simultáneamente ocurran al Registro Público de la Propiedad y hagan su manifestación de voluntad ante el encargado de ese registro; es decir, ya el efecto traslativo en los inmuebles queda condicionado por lo que se refiere a las partes mismas y no sólo en cuanto a terceros, a la manifestación coincidente y simultánea de voluntades para operar la transferencia ante el encargado del Registro Público.

En cuanto a bienes muebles, se sigue el principio romano de la tradición; es menester la entrega de la cosa para que se opere la transferencia del dominio.

En el Código Civil argentino para las cosas muebles y los inmuebles, es menester la tradición. Sólo coincidimos con estos Códigos tratándose de cosas muebles en especie, o, como dice nuestra ley, cosas de especie indeterminada. Para esta clase de bienes fungibles, llamados géneros o cosas de especie indeterminada, sí es menester la tradición real, jurídica o virtual, para que se opere la transferencia del dominio. Dice el artículo 2015:

"En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

8.—*Legislación comparada.*—Como lo hacen notar, entre otros autores, Baudry-Lacantinerie y Barde y Salvat, la legislación comparada presenta tres soluciones o sistemas para señalar el momento en que se produce la trasferencia de la propiedad:

1) En el sistema romano la propiedad no se trasmitía por el solo efecto del contrato de venta, ni de ningún contrato; los contratos sólo hacían nacer obligaciones, y para adquirir la propiedad era necesario un acto material, que se encontraba en "la mancipatio, la in jure cessio, la traditio, o la usucapio".

2) En el sistema francés el C. Civil establece por sus arts. 711 y 1138 que la propiedad se trasmite por el solo efecto de la convención, que por sí misma confiere al comprador un jus in re, y el art. 1583, refiriéndose precisamente a la compraventa, declara que "ella es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de derecho por el comprador respecto al vendedor, desde que haya acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado". Por ello se dice que en el derecho francés la venta es "traslativa del dominio".

3) En el sistema germánico el consentimiento no basta por sí solo para trasferir la propiedad de las cosas muebles ni inmuebles, pero se hace este distingo: a) tratándose de inmuebles se requiere además del consentimiento la inscripción en el Registro de la Propiedad o en libros territoriales; b) tratándose de muebles se requiere la tradición manual, real o natural, es decir, la entrega al comprador (arts. 873, 925 y 929 del C. Civil alemán, art. 1126 del C. Civil brasileño y art. 191 del C. de Com. brasileño)". (Luis María, Rezzónico, ob. cit., págs. 15 a 17).

Jurisprudencia Definida hasta la fecha

9.—*Compraventa.*—Este contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes respecto del precio y de la cosa, y desde entonces obliga a los contratantes, aunque la cosa no haya sido entregada, ni el precio satisfecho. La traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario; y si bien la ley civil establece reglas relativas a la entrega de la cosa vendida, estas reglas sólo tienen por objeto determinar los límites de la obligación del vendedor de entregar esa cosa, y comprobar que la ha satisfecho debidamente. (Ultima compilación editada en 1965, Cuarta parte, Vol. I, tesis 108, pág. 322).

10.—*Compraventa de inmuebles. Falta de escritura pública ante notario. (Legislación del Estado de Morelos).*—Si bien es cierto que los contratos de compra-venta no se otorgaron en la forma prevista por

los artículos 2503 y 2507 del Código Civil vigente en el Estado de Morelos, conforme a los cuales el contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble cuyo valor excede de cinco mil pesos, caso en el cual su venta se hará en escritura pública; no es menos exacto que esta falta de formalidad no implica la inexistencia del acto, ni impide que el mismo produzca efectos ante las partes contratantes por virtud del principio de "res inter alios acta", que acertadamente invoca la Sala, y que obliga a dichos contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley, como lo dispone el artículo 1858 del mencionado Código sustantivo, sin que sea óbice para concluir lo anterior, el hecho de que en el caso no estén en juego intereses de terceros, pues como se ha afirmado, dada la falta de formalidad de los contratos de compraventa, sólo surtirán efectos entre las partes, pues tratándose, como se trata, de contratos de naturaleza consensual, que tuvieron por objeto la compra-venta de cosas ciertas y determinadas individualmente, la venta es perfecta y obligatoria para las partes, como se sostiene, por el solo acuerdo de las mismas en la cosa y en el precio perteneciendo la primera al comprador aun cuando no se le haya entregado, y a pesar de que no haya satisfecho el precio.

Amparo directo 2572/77.—Arturo Espinoza de los Monteros Zarazúa.—16 de marzo de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 15.

11.—*Compraventa de inmuebles, rescisión del contrato de. Por retención del precio. Excepción improcedente.*—La autoridad responsable obró correctamente al confirmar la sentencia recurrida que decretó la rescisión del contrato base de la acción si del examen de las constancias que informan al acto reclamado se aprecia que los demandados incumplieron el mencionado contrato, porque no acreditaron la excepción que hicieron valer, consistente en la retención del pago del precio del inmueble, estipulado en el citado contrato, porque estimaron que existía el justo temor de que fueran perturbados en la posesión del mismo por supuestas afectaciones agrarias, circunstancia esta última que no quedó debidamente acreditada en autos.

Amparo directo 4297/77.—Jesús López López y coags.—3 de agosto de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Semanario Judical de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte, julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 19.

12.—*Compraventa de los lotes. La rescisión del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes.*—Mientras no se tenga por rescindido un contrato por resolución judicial, subsisten las obligaciones y derechos de las partes consignados en el mismo y aun cuando se convenga que la falta de pago de tres mensualidades faculte al vendedor a rescindir la operación, recuperar el inmueble de inmediato y disponer desde luego de él, esto debe entenderse en términos hábiles, ya que para exigir el cumplimiento o la rescisión de dicho contrato, es menester acudir a los tribunales, no pudiendo quedar la determinación del mismo a la voluntad de una de las partes, lo que se confirma desde el momento que en la última de las cláusulas se asentó que para dirimir cualquier controversia con motivo de la interpretación y cumplimiento del mismo, las partes se sometían expresamente a la competencia y jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Puebla.

Amparo en revisión 361/80.—Raúl Huerta Rosas.—23 de abril de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Mario Gómez Mercado.—Secretario: Octaviano Escandón.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Núm. 3. Pág. 236.

13.—*Compraventa. El convenio privado, de igual fecha que el contrato de compraventa, no determina nuevas obligaciones a cargo de la vendedora, por ser consubstancial del principal.*—Este concepto de violación es infundado, porque es inexacto que en la cláusula tercera del convenio privado aparezcan nuevas obligaciones para la hoy quejosa que no fueron materia del contrato principal de compraventa. En efecto, en la cláusula cuarta del contrato notarial de compraventa, Inmobiliaria Margisa, S. A., adquiere para sí, libre de todo gravamen, limitación de dominio y responsabilidades fiscales, la fracción restante del predio conocido como fracciones A y B del lote 163 sección "C" del fraccionamiento de la antigua Hacienda de Guadalupe, en Villa Alvaro Obregón, Distrito Federal; y en la cláusula tercera del convenio privado de la misma fecha se establece que en caso de que el predio materia de la operación fuere objeto de alguna afectación o expropiación por cualquier autoridad, antes de ser transmitida a terceros, las vendedoras se

obligan a pagar el valor correspondiente a la superficie afectada o expropiada, precisamente porque Inmobiliaria Margisa, S. A., adquiría para sí, libre de todo gravamen, limitación de dominio y responsabilidades fiscales dichos bienes; lo que viene a reforzar la opinión de la responsable en el sentido de que la cláusula tercera del convenio privado no viene a crear, sobre este punto, nuevas obligaciones para la quejosa que no fueran materia del contrato principal, que motivaran por esta razón que el convenio de referencia debía de tener los mismos requisitos de forma que para los contratos de compraventa como el presente, exige la ley; pero aún no tomando en cuenta la cláusula tercera del convenio privado, de todas maneras las vendedoras estarían obligadas a restituir a la compradora el precio de la cosa vendida en la parte proporcional que resultó afectada; ésta en virtud de que esa porción, al no haberla transmitido la vendedora a su compradora (en tanto que sólo podía transferirle lo que tenía, no lo que ya no poseía en concepto de propietaria por habérsele afectado con antelación a la compraventa), la compradora sólo podía hallarse obligada a cubrir el precio de lo que positivamente se le transmitió en propiedad merced a la operación realizada, mas no de la porción que no se le transfirió; porque de lo contrario, la vendedora recibiría el precio de la repetida porción que, en realidad, escapó a la compraventa, obteniendo, en la medida del valor de esa porción no transmitida, manifiestamente un lucro indebido.

Amparo directo 3111/73.—Ana Caraza Pérez viuda de Ramírez López y Coags.—31 de enero de 1980.—5 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.—Secretario: José de Jesús Taboada Hernández.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 19. Pág. 23.

CAPITULO II

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1.—*Definiciones.*—La compraventa es un contrato bilateral porque engendra derechos y obligaciones para ambas partes. Es oneroso porque confiere provechos y gravámenes también recíprocos.

Generalmente es conmutativo, por cuanto que las prestaciones son ciertas y determinadas al celebrarse el contrato.

2.—*La venta es ocasionalmente aleatoria.*—La compraventa puede ser un contrato aleatorio cuando se trata de una compra de esperanza, es decir, cuando se adquieren los frutos futuros de una cosa corriendo el comprador el riesgo de que no existan, pero pagando siempre su precio, independientemente de que no lleguen a existir. Esta operación está clasificada en los contratos aleatorios, y, además, el Código vigente al hablar de modalidades de la compraventa estatuye:

Artículo 2309: "Si se venden cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el contrato es aleatorio y se rige por lo dispuesto en el capítulo relativo a la compra de esperanza".

Este artículo 2309, se encuentra en el capítulo denominado "De algunas modalidades del Contrato de Compraventa", es decir, la venta pura y simple, siempre es un contrato conmutativo, pero puede ser aleatorio, cuando se imponga esa modalidad, en cuyo caso toma el nombre de compra de esperanza, definida por el artículo 2792:

"Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero. El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados".

3.—*Contrato consensual para muebles y formal para inmuebles.*—La compraventa es un contrato consensual para muebles y formal para inmuebles. En materia de muebles no se requiere formalidad alguna para la validez del acto; es decir, se aceptan las distintas formas de manifestación de la voluntad dentro del consentimiento tácito y expreso. En el tácito, se admite que por hechos indubitables la compraventa de bienes muebles se forme y constituya, generalmente en aquellos casos en que se toma la cosa y se deposita el precio: hecho indubitable de la manifestación de la voluntad para celebrar el contrato. En cuanto al consentimiento expreso, se acepta que verbalmente, la compraventa puede celebrarse por señas, o por escrito si así se prefiere, sin que sea menester esta formalidad para los bienes muebles.

En cuanto a los inmuebles, el contrato siempre debe constar por escrito, pero el documento puede ser público o privado, según que el precio importe más de quinientos pesos, caso en el cual requerirá escritura pública; o que no llegue a esa suma, hipótesis en la cual bastará

el documento privado. La anterior Ley del Notariado ha modificado los artículos 2361, 2317, 2320 y 234 del Código Civil, en que se tomaba como base un precio mayor de cinco mil pesos, para requerir la escritura pública. En el Código de 1884 se atendía a la cantidad de quinientos pesos. En la vigente Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal de 28 de marzo de 2000, en el artículo 78 se establece: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal".

En el artículo 2321 se permite otra forma de expresar el consentimiento en aquellos casos en que el valor del bien inmueble no exceda de cinco mil pesos; bastará con que el certificado expedido por el Registro Público de la Propiedad sea endosado al comprador. Esta forma no la encontramos en el Código anterior.

"Tratándose de bienes ya inscritos en el Registro y cuyo valor no exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, cuando la venta sea al contado podrá formalizarse, haciéndola constar por escrito en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes.

La constancia de la venta será ratificada ante el registrador, quien tiene obligación de cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las firmas, y previa comprobación de que están cubiertos los impuestos correspondientes a la compraventa realizada en esta forma, hará una nueva inscripción de los bienes vendidos en favor del comprador."

4.—*Contrato principal.*—La compraventa es un contrato principal, es decir, existe por sí solo, pues no depende de otro contrato.

5.—*Instantáneo o de tracto sucesivo.*—La compraventa puede ser un contrato instantáneo o de tracto sucesivo; es decir, pueden realizarse las prestaciones inmediatamente, cuando la operación es al contado, o puede pagarse el precio en abonos, caso en el cual será una operación de tracto sucesivo.

6.—*Consensual, en oposición a real.*—La compraventa es consensual, en oposición al contrato real. Quiere esto decir que existe antes de la entrega de la cosa, la cual no es un elemento constitutivo de la misma; en cambio, en los contratos reales, la entrega de la cosa es un elemento necesario para su formación.

7.—*Compraventa civil y mercantil.*—Desde otro punto de vista podemos clasificar la compraventa, distinguiendo la civil de la mercantil, la primera se caracteriza en nuestro derecho en forma negativa, diciendo que es aquella que no tiene los atributos de la compraventa mercantil, y ésta se determina en forma positiva, por el artículo 75 del Código de Comercio en relación con el artículo 371 que define el contrato. Son compraventas mercantiles, según el artículo 75 del Código de Comercio, las siguientes:

1.—Las enajenaciones y adquisiciones de mercancías, efecto y bienes muebles en general, verificadas con propósito de especulación comercial; es decir, se fija el propósito de lucro como característica para determinar la compraventa respecto de mercancías y bienes muebles.

2.—Las enajenaciones de bienes inmuebles que se realicen también con dicho propósito de especulación mercantil.

En el estudio del acto de comercio, que hemos hecho en el segundo tomo de la "Introducción y Teoría Fudamental del Derecho y del Estado", al referirnos a la compraventa mercantil, consideramos que es requisito esencial en la misma, el deseo de comprar para revender, es decir, la adquisición con el ánimo de transferir nuevamente la cosa. Es el criterio de Thaller respecto a la circulación de retransferencia, como esencial en los actos mercantiles. El Código de Comercio, aun cuando habla de lucro, criterio ya definitivamente abandonado, supone que en estas adquisiciones y enajenaciones, el propósito de especulación mercantil se lleva a cabo a través de la reventa y por esto dice que también son mercantiles las ventas que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar. Al efecto, el artículo 371 contiene el siguiente concepto:

"Serán mercantiles las compraventas a las que este Código les da tal carácter, y todas las que se hagan con el objeto directo y preferente de traficar".

También reconoce el citado Código que son mercantiles por su objeto las operaciones de compra y venta de acciones y de obligaciones comerciales, así como las operaciones que se verifiquen con el Estado respecto de acciones, bonos y obligaciones en general; y son mercantiles

subjetivamente consideradas, todas aquellas operaciones que se verifiquen entre comerciantes y banqueros, excepto cuando tengan una naturaleza esencialmente civil; es decir, en este caso ya toma en cuenta no el objeto de la compraventa (recaer sobre acciones, obligaciones, etc.), sino los sujetos de la operación, que sean comerciantes o banqueros; pero la presunción es juris tantum, por cuanto que comerciantes y banqueros pueden llevar a cabo operaciones netamente civiles que no recaigan sobre objetos mercantiles, que no tengan el propósito de la reventa o circulación, ni el de lucro mercantil que menciona la ley. En este caso, la operación de compraventa será civil. Prescriben en este sentido las fracciones III, IV, y XXI del repetido artículo75:

"La ley reputa actos de comercio:

III.—Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;

IV.—Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;

XXI.—Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil".

En el mismo Código de Comercio, al definir la compraventa dice que ésta se reputará mercantil cuando conforme al artículo 75 tenga las características señaladas por ese precepto, o se haga con el objeto directo y preferente de traficar.

Luis María Rezzónico, Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil, Segunda edición, Depalma, Buenos Aires-1958, págs. 9 y 10.

8.—*Compraventa voluntaria y forzosa.*—Puede clasificarse la compraventa desde otro ángulo visual, como voluntaria y forzosa. La primera es el contrato ordinario en que comprador y vendedor se ponen de acuerdo respecto a cosa y precio; la forzosa en realidad presenta una característica que afecta al contrato en su esencia misma; existe en el remate, en la adjudicación judicial y en la expropiación por causa de utilidad pública.

El remate es una venta judicial de un bien que se lleva a cabo sin o contra la voluntad del dueño o ejecutado. Puede el remate realizarse con la voluntad de éste, pero no es necesaria ésta, dentro del procedimiento de ejecución forzosa, para operar la enajenación del bien. Por esto el remate judicial sin o contra la voluntad del enajenante, afecta a

la compraventa en su esencia misma. Ya no hay contrato en el sentido jurídico de la palabra, como acuerdo libre de dos o más voluntades; hay una substitución de la voluntad del enajenante, por la del juez que, en su rebeldía, firma la escritura correspondiente o la adjudicación judicial.

Propiamente en este caso, desde un punto de vista estrictamente normativo, no debemos conformarnos con la explicación tradicional de que la venta judicial es un contrato. Dicho caso, como el de la ejecución de la sentencia y el del secuestro, constituyen actos jurídicos de autoridad que son fuentes de obligaciones. En el proceso de todo juicio, la sentencia es un acto de autoridad que constituye una norma jurídica individualizada que es fuente de obligaciones.

De la misma suerte la adjudicación judicial o el remate, no son un contrato de compraventa, a pesar de lo que dice la doctrina clásica y la explicación tradicional, y de que el Código Civil diga que la venta judicial se rige por las disposiciones generales de la compraventa, pero con las modificaciones establecidas por el Código de Procedimientos Civiles. Por virtud de estas modificaciones, la venta judicial pierde su carácter de contrato, para convertirse en un acto coactivo del Estado. Es simplemente un acto de autoridad, que imperativamente adjudica una cosa contra la voluntad de su dueño, y es que es en sí fuente de la trasmisión del dominio. No tenemos que explicarnos por la compraventa la traslación de la propiedad. No sólo los contratos trasmiten el dominio; existen otras formas y justamente la adjudicación judicial se enumera como forma autónoma para diferenciarla del contrato. El artículo que en el Código Civil nos permite esa interpretación es el 2323:

"Las ventas judiciales en almoneda, subasta o remate públicos, se regirán por las disposiciones de ese Título, en cuanto a la substancia del contrato y a las obligaciones y derechos del comprador y del vendedor, con las modificaciones que se expresan en este capítulo. En cuanto a los términos y condiciones en que hayan de verificarse, se regirán por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles".

Felipe Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, Madrid, 1899, t. IV, págs. 599 y 600.

CAPITULO III

Elementos Esenciales de la Compraventa

1.—*Distinción entre los elementos esenciales y los de validez.*— Los elementos esenciales en todo contrato son el consentimiento y el objeto. En la compraventa es absolutamente necesario, para desprender múltiples consecuencias, diferenciar los elementos esenciales de los de validez; sin embargo, la influencia del Código Napoleón al mezclar tales elementos, han tenido consecuencias en la doctrina para el estudio de la compraventa, y así encontramos autores que confunden en su exposición los requisitos de existencia con los de validez, mezclando, por ejemplo, el estudio de la capacidad con el del objeto o el del consentimiento.

2.—*Consentimiento.*—Según el artículo 2248: "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero". Es decir, el primer elemento esencial o sea el consentimiento, en la compraventa se define como un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la transferencia de un bien a cambio de un precio. El contenido de voluntad en este contrato ha de ser siempre trasmitir por una parte el dominio de una cosa o de un derecho y, por la otra, pagar un precio cierto y en dinero. Si no se cumplen estas dos manifestaciones de la voluntad, no hay compraventa.

Puede existir un error en la naturaleza del contrato si una parte cree recibir en donación y la otra cree vender, fenómeno que ocurre en aquellos casos en que por simples hechos se celebra la operación.

También se presenta un segundo caso de ausencia del consentimiento, cuando haya error sobre la identidad del objeto, de tal manera que una parte cree vender una cosa y la otra comprar una semejante, y esto puede ocurrir frecuentemente en el comercio, cuando se confundan las mercancías sobre las cuales las partes están tratando, por lo que, generalmente en el momento de pagar el precio de una mercancía, se aclara el error sufrido por los contratantes, ya que el vendedor se ha referido a determinada cosa y el comprador ha pensado en una distinta.

La falta del consentimiento ocurrida por error en la naturaleza del contrato o en la identidad del objeto, origina la inexistencia de la compraventa, con sus características clásicas, es decir, no se producen efectos jurídicos; en cualquier tiempo puede invocarse dicha inexistencia; todo

interesado tiene posibilidad jurídica de hacerla valer, y no se requiere declaración judicial para constituirla, pero si una controversia surge al respecto, sí será necesaria la sentencia que así lo decida, la cual será declarativa y no constitutiva.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 22 y 23.

3.—*Objeto directo.*—El segundo elemento de existencia de la compraventa presenta mayor interés: Consiste en su objeto. Es necesario distinguir el objeto directo del contrato y el de las obligaciones nacidas del mismo. Es decir, el objeto directo en la compraventa consiste en trasmitir el dominio de una cosa por una parte y en pagar un precio cierto y en dinero por la otra. Este objeto del contrato, no debe confundirse con el de las obligaciones de trasmitir a que da origen, pues en las mismas las prestaciones de dar son los objetos directos como formas de conducta, las que a su vez recaen sobre cosas, (cosa y precio en la renta) que constituyen los objetos indirectos, respectivamente en la enajenación que hace el vendedor y en el pago que ejecuta el comprador.

Ya hemos insistido en, que el objeto de todo deber jurídico y de cualquier derecho subjetivo, tiene que ser la conducta humana. En consecuencia, en las obligaciones de dar, la conducta consiste en trasmitir o en pagar.

"Objeto de la compraventa es una cosa (corporal o incorporal); con menos frecuencia, es un derecho. En verdad, la ley (art. 1470) llama "objeto" de la compraventa a la transferencia del derecho de propiedad o de otro derecho poniendo así el acento lógico sobre la transferencia; pero ésta se debe calificar, más bien, como "el contenido" del contrato y no ya como el objeto. De cualquier modo, al hablar de objeto, aquí se quiere hacer referencia al derecho de propiedad sobre la cosa o a otro derecho; no a la transferencia del mismo". (Messineo, ob. cit., t. V, págs 59 y 60).

De lo expuesto se deduce que el contrato puede ser inexistente:

1.—Cuando no exista la cosa.

2.—Cuando no haya precio.

Generalmente se estudian como objeto de la compraventa la cosa y el precio, y se analizan los distintos casos de inexistencia por falta de una u otro; pero estos elementos en realidad son objetos indirectos del contrato y de las obligaciones nacidas del mismo. Primero debería estudiarse lógicamente la inexistencia de la compraventa por la falta de su objeto directo y, después, la que se origina por la falta de algunos de sus objetos indirectos. Al efecto tenemos como casos de inexistencia

por objeto directo jurídicamente imposible en la venta, todos aquellos en los que una norma de derecho constituya un obstáculo insuperable para que se pueda trasmitir la propiedad, como ocurre con el artículo 27 constitucional, al impedir de plano que el mexicano pueda trasmitir el dominio de bienes inmuebles al extranjero que se encuentren en la zona prohibida de 100 kilómetros en las fronteras y de 50 kilómetros en las costas.

El Código vigente en realidad se refiere al objeto indirecto del contrato, al decir en el artículo 1824: "Son objeto de los contratos: I.—La cosa que el obligado debe dar; II.—El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

Con este criterio estudiaremos los objetos indirectos en la compraventa, que son los que presentan utilidad, ya que se distinguen radicalmente del consentimiento.

4.—*Objetos indirectos.*—Los objetos indirectos en la compraventa están constituidos por la cosa y el precio. Puede existir consentimiento para trasmitir una cosa a cambio de un precio; pero puede no existir la cosa, o faltar el precio, y en ese caso el contrato es inexistente por la falta de alguno de sus objetos indirectos. Ya no hay correlatividad entre el consentimiento y los objetos indirectos, y por esto en la práctica se analizan los casos de inexistencia cuando la cosa es imposible física o jurídicamente, o bien, cuando el precio no existe.

5.—*Posibilidad física de la cosa.*—La cosa objeto del contrato de compraventa debe ser posible físicamente, es decir, debe existir en la naturaleza, o ser susceptible de existir cuando se trate de cosas futuras. Es inexistente por consiguiente, la compraventa que se refiere a cosas que no existan y que no puedan llegar a existir. Pero es existente la compraventa que se refiera a cosas futuras, susceptibles de existir.

En el Código de 1884 había un precepto especial para la compraventa que, confundiendo inexistencia con nulidad nos decía:

"Es nula la venta de cosa que ya no existe o que no puede existir, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios, si hubiere dolo o mala fe".

El Código vigente ya no reproduce este precepto, porque es una consecuencia general de la regla reconocida para todos los contratos sobre cosas, que se estatuye en su artículo 1825:

"La cosa objeto del contrato debe: 1º—Existir en la naturaleza. 2º—Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º—Estar en el comercio".

En el artículo 1826 se permite el contrato sobre cosas futuras "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato". Se prohibe, no obstante, el contrato sobre herencia futura, pero esto no por una razón de existencia física, sino de moralidad: se considera inmoral comerciar con la herencia futura de una persona que aún vive; por eso sigue diciendo el artículo 1826: "...sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva aun cuando ésta preste su consentimiento".

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 25 y 26.

6.—*Existencia de la cosa en la naturaleza y pérdida de la misma.*— La cosa objeto de la compraventa puede no existir en el momento de la celebración del contrato, o bien, puede perderse con posterioridad; por esto conviene distinguir estas dos situaciones: 1.—Cuando la cosa no existe en el momento de la celebración del contrato y tampoco es susceptible de existir en el futuro, el contrato es inexistente. 2.—Cuando la cosa existe pero se pierde, es decir, perece con posterioridad a la celebración del contrato, el negocio jurídico es existente y simplemente se origina un problema de responsabilidad para determinar quién sufre la pérdida de la cosa.

En relación con estas dos situaciones se presentan los siguientes casos:

1.—Pérdida total de la cosa antes de concertarse la compraventa. 2.—Evicción que sufra el vendedor antes de la celebración del contrato. 3.—Pérdida parcial de la cosa anterior al negocio jurídico. 4.—Pérdida total, parcial, o evicción posteriores a la celebración del contrato.

7.—*Pérdida total antes de concertarse la compraventa.*—Jurídicamente la cosa se pierde, en los siguientes casos: A.—Cuando perece, es decir, se destruye. B.—Cuando queda fuera del comercio. C.—Cuando no se tenga conocimiento de su paradero. D.—Cuando teniendo ese conocimiento, hay una imposibilidad material de recuperarla.

En el capítulo relativo a las obligaciones de dar, el artículo 2021 del Código Civil vigente comprende esos cuatro casos:

"La pérdida de la cosa puede verificarse: I.—Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II.—Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar".

Desde luego se advierte que no podrá realizarse el objeto directo de la obligación del vendedor, consistente en trasmitir el dominio y entregar la cosa y, por consiguiente, faltará el objeto indirecto del contrato. La con-

secuencia lógica será que el mismo será inexistente. El Código en vigor nos da las reglas generales al requerir que la cosa objeto del contrato exista en la naturaleza, siendo inexistente el acto jurídico, por falta de objeto que pueda ser materia de él, cuando la cosa se pierda totalmente antes de la celebración del contrato. Jurídicamente la cosa no existe en aquellos casos en que se ha destruido, se desconoce su paradero o no se pueda recuperar, o bien, cuando queda fuera del comercio, pues en esta última hipótesis habrá una imposibilidad jurídica para que la compra venta tenga un objeto.

Josserand, Derecho Civil, Contratos, traduc. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, t. II, v. II, págs. 6 y 7.

Este caso de inexistencia origina la devolución del precio, como consecuencia de la privación total de efectos del contrato. No es menester litigar para obtener la declaración de inexistencia, porque ésta no es necesario que se declare judicialmente; pero si existe disputa o controversia entre las partes, se hace necesaria la intervención del Juez, y en este caso la demanda tendrá por objeto exigir la restitución del precio como consecuencia de la inexistencia del contrato. La acción, por consiguiente, no es de inexistencia, sino de restitución del precio como consecuencia de aquélla, y la sentencia se dictará imponiendo la restitución, después de haber registrado simplemente dicha inexistencia, pues ésta es anterior al reconocimiento judicial y está subordinada a un problema de hecho; en la hipótesis de que la cosa se perdió, el juez sólo se ocupará de este problema de hecho analizando las pruebas, y si se justifica plenamente esa pérdida total, el juez registrará la inexistencia en el considerando relativo de su fallo, para condenar a la restitución del precio; pero no tiene necesidad de declararla, sino sólo resolverá que el acto no produjo efectos, por no existir compraventa.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 125 y 126.

8.—*Evicción de la cosa, anterior al contrato.*—Hay evicción cuando el adquirente es privado por sentencia ejecutoriada de la cosa enajenada en razón de un derecho de tercero anterior a la adquisición. En el caso, la hipótesis es la de que el vendedor, antes de concertar el contrato, sufrió evicción; es decir, fue privado de la cosa en razón de un derecho de tercero por sentencia ejecutoriada. En esas condiciones, con conocimiento o sin él, lo que es posible si el juicio se siguió en rebeldía, vende

la cosa; se trata por tanto, de una cosa que existe en la naturaleza, que está en el comercio, que es determinada o determinable y que no ha perecido; por consiguiente, en este caso existe el objeto material del contrato. No hay problema de inexistencia; pero la venta concertada en estas condiciones es de cosa ajena, porque ya hay una sentencia, que constituye la verdad legal, que declaró que el vendedor no es dueño de la cosa, sino un tercero al cual se le debe restituir; por lo tanto, la venta de la cosa, cuando el vendedor sufre evicción después de celebrado el contrato, es un caso de venta de cosa ajena que constituye un hecho ilícito contrario a un precepto prohibitivo, pero que, según veremos, para una interpretación errónea que ha predominado en México, la ley no la sanciona con la nulidad absoluta al permitir que quede convalidada, si posteriormente el vendedor adquiere la cosa. Se trata de una convalidación muy especial, distinta de la ratificación ordinaria en los actos afectados de nulidad relativa, y que depende de una condición: que el vendedor adquiera por cualquier título la cosa enajenada. En cambio, las otras formas de ratificación dependen exclusivamente de la voluntad de una de las partes, o de ambos. En este caso, generalmente un tercero interviene, que es el dueño de la cosa, de cuya voluntad dependerá venderla al enajenante para que éste pueda convalidar la operación que indebidamente concertó.

A reserva de estudiar debidamente este problema citaremos sólo los artículos relativos.

"Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad".

"La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe".

"El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida". (Arts. 2269 a 2271 del Código vigente).

En el problema que nos ocupa, hemos supuesto que el vendedor sufrió evicción antes del contrato. En cambio, en la hipótesis del artículo 2271 se parte de la base de que el vendedor sufre evicción después de celebrado el contrato.

El problema propuesto por nosotros parte de una hipótesis distinta a la del artículo 2271, porque en él la evicción se sufre antes de la venta; por consiguiente, ya no hay posibilidad de convalidar el contrato, ya que para que tal efecto ocurra, el citado precepto requiere que antes de que tenga lugar la evicción, adquiera el vendedor, por cualquier título

legítimo, la propiedad de la cosa vendida. Por esto creemos, que este caso es de nulidad absoluta indiscutiblemente.

En estricto derecho se trata de un problema de nulidad absoluta, porque la cosa existe; está en el comercio, es determinada; pero se viola un precepto prohibitivo que tiene como sanción la nulidad absoluta, excepto cuando la ley disponga que sea nulidad relativa.

Los preceptos que fundan esta nulidad absoluta son, en primer lugar, el art. 8o. del Código Civil: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". En la hipótesis, la ley no ordena lo contrario, sino textualmente acepta la nulidad absoluta, es decir, no admite la ratificación del contrato, según se desprende del artículo 2271, interpretando a contrario sensu. Además, dispone el, artículo 2225: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley", confirma la tesis anterior.

Se trata en la especie de un contrato en el que hay un fin ilícito al vender una cosa ajena existiendo ya sentencia que declaró la propiedad en favor de un tercero. Esta ilicitud en el fin, produce la nulidad que será absoluta por las razones ya expuestas.

9.—*Pérdida parcial de la cosa antes de la celebración del contrato.*— Este problema no está resuelto en el Código vigente. El Código de 1884 sí tenía una disposición especial en la que disponía que el comprador podía pedir la rescisión del contrato o la reducción equitativa del precio, si así le convenía, recibiendo parte de la cosa. En otras palabras, la pérdida parcial de la misma antes de celebrar el contrato, no originaba la inexistencia del negocio, supuesto que el Código suponía que no sólo era existente el contrato, sino además válido. Ni siquiera permitía la legislación anterior la nulidad; al otorgar la acción rescisoria, suponía que el contrato tenía validez, porque sólo se rescinden los contratos válidos. Al efecto, decía así el artículo 2836 del Código anterior: "Si la cosa vendida solamente hubiere perecido en parte, tendrá el comprador la elección de rescindir el contrato, o de aceptar la parte restante, reduciéndose proporcionalmente el precio a juicio de perito, salvo convenio en contrario".

Manresa, ob. cit. t. X, págs. 126 a 128.

El Código vigente guarda silencio y nos remite a las reglas generales, aun cuando no lo diga, siguiendo un sistema más científico, ya que

ha eliminado preceptos especiales al organizar un sistema de normas que en forma general regulan los casos de inexistencia, nulidad o rescisión. Por lo tanto, debemos razonar, apoyándonos en esos principios generales para determinar: I.—Si la venta es existente o inexistente; II.—Si es nula o válida; III.—Si es nula, qué clase de nulidad la afecta; IV.—Si es válida, qué acción tiene el comprador, es decir, si tiene la acción rescisoria o la quanti minoris, o ambas a su elección, como decía el Código de 1884.

I.—Determinar si la venta es existente o inexistente.—Desde luego se advierte que si hay objeto aun cuando sea en parte, hay posibilidad física y jurídica para la venta y, por tanto, debe desecharse desde luego la hipótesis de inexistencia. La inexistencia sólo funciona en el derecho cuando hay imposibilidad absoluta por lo que se refiere al objeto física o jurídicamente considerando.

II.—El segundo problema tiene mayor significación: ¿La venta es nula o válida? Dos soluciones existen en la doctrina:

a) La primera considera que la venta es nula por error determinante en la voluntad del comprador; porque lógicamente se supone que el comprador no hubiera adquirido la cosa de saber que ésta había perecido en parte. La hipótesis normal es la de qué el comprador adquiere la cosa en su totalidad, y se supone que no hubiera dado su voluntad o consentimiento de saber que la cosa existía en parte. Esta hipótesis sólo queda desvirtuada cuando se demuestra que el comprador conoció el estado de la cosa antes de celebrar el contrato.

b) La segunda solución propuesta por la doctrina afirma que se trata de un contrato válido; que no hay vicio de error en la formación del consentimiento; pues sólo hay una imposibilidad de cumplir la obligación en todo su alcance, supuesto que el vendedor no podrá entregar la cosa en su totalidad, y que siempre que ocurre una imposibilidad para cumplir con el contrato, éste, por ser válido, está sujeto a rescisión, o bien, cuando hay precio, el adquirente debe tener la acción de reducción del mismo, o de rescisión del contrato, a su elección. Esta es la solución adoptada por el Código de 1884.

En nuestro concepto existen dos razones para sostener que se trata de nulidad y no de rescisión:

1a.—La rescisión supone siempre una causa posterior a la celebración del contrato, que impide su cumplimiento. Nunca una causa anterior, porque si así fuera, se convertiría en vicio y motivaría la nulidad. La rescisión parte de la base de que el contrato es perfectamente válido; que en el momento de concertarse tuvo todos sus elementos y requisitos

de validez, pero que un hecho posterior viene a impedir el cumplimiento, o bien, una circunstancia imputable a una de las partes (cuando ésta no quiere cumplir); o, finalmente, cuando el contrato dependa de una condición resolutoria, y se verifica el acontecimiento futuro, por consiguiente, posterior, que priva de efectos al contrato.

En el caso de perecimiento parcial anterior a la compraventa, no hay un hecho posterior a la celebración del contrato. Justamente estamos razonando para diferenciar la pérdida parcial anterior de la posterior; en esta última si habrá indiscutiblemente rescisión, y así lo dice el Código vigente, y todas las legislaciones; pero en el perecimiento parcial anterior, hay una causa de nulidad, porque indiscutiblemente existe error, a no ser que se demuestre que el comprador conoció el estado de la cosa, lo que implica ya consentimiento sobre la misma en el estado en que se encontraba.

2a.—La segunda razón para desechar en este caso el criterio tradicional, es de orden técnico-legislativo. El Código vigente clasifica sistemáticamente a aquellos casos que indebidamente llamó el anterior de rescisión, como de nulidad. De una manera expresa sustituye la palabra rescisión por la de nulidad en el artículo correspondiente, o en una forma general, al definir lo que se entiende por nulidad absoluta y relativa y lo que se entiende por rescisión; y como en este aspecto el Código vigente nos dice que el contrato estará afectado de nulidad relativa cuando exista error en el motivo determinante de la voluntad, debemos considerar que todas las circunstancias lógicas que concurren en el caso permiten formular una presunción juris tantum de error en los términos del artículo 1813.

Evidentemente que si en el contrato se dice que se entregará una cosa, las circunstancias de la misma operación demuestran que el precio pagado y el consentimiento otorgado fue en el falso supuesto de que la cosa existía íntegramente; y que no se hubiera celebrado el contrato de haber sabido que la cosa había perecido en parte.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 24 y 25.

10.—*Posible existencia de la cosa.*—Nos resta tratar el problema relativo a la posible existencia de la cosa. Indicábamos que el contrato es existente cuando la cosa está en la naturaleza o es susceptible de existir. Hemos analizado la primera hipótesis, existencia de la cosa en la naturaleza y pérdida o perecimiento de la misma; pero se presentan casos relacionados con la segunda hipótesis, que tiene interés para la com-

praventa en particular. Esta segunda hipótesis, relativa a la posible existencia del objeto, presenta las siguientes manifestaciones importantes:

1.—Cuando el contrato es existente, aun cuando la cosa en definitiva no llege a existir. Esta modalidad especial se denomina compra de esperanza.

El 2309 dice: "Si se venden cosas futuras tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el contrato es aleatorio y se rige por lo dispuesto en el capítulo relativo a la compra de esperanza".

Y el 2792: "Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero. El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados".

Esta anomalía, por consiguiente, se resuelve en el derecho permitiendo que el carácter aleatorio de los contratos pueda referirse a la existencia del objeto de los mismos o, en otras palabras, la compra de esperanza es un contrato en el que la aleatoriedad llega al grado de afectar la existencia misma del objeto.

Hasta ahora hemos visto que el carácter aleatorio sólo abarca la cuantía o valor de las prestaciones, como en el seguro, en la renta vitalicia, en el contrato de juego y apuesta y permitidos; pero sin llegar al extremo de afectar la existencia misma de las prestaciones.

Messineo, ob. cit., t. V, págs. 64 y 65.

2.—Un segundo caso de posibilidad del objeto se presenta cuando la compraventa depende de una condición suspensiva relacionada con la existencia de la cosa, de tal manera que si ésta no llega a existir, el contrato de compraventa no se formará será inexistente. Este es el caso en la compra de cosa esperada: la operación se celebra sobre una cosa futura; pero se estipula la condición expresada de que si la cosa no llega a existir, tampoco existirán las relaciones jurídicas derivadas de la compraventa.

Messineo, ob. cit., t. V, pág. 63.

3.—La compraventa se refiere a una cosa futura, pero la modalidad se impone en calidad de término o plazo y no de condición suspensiva. En esta hipótesis se conviene que en un plazo determinado se entregarán

las mercancías, bienes u objetos que aún no existen, pero que serán manufacturados. Esta es la forma corriente de la mayoría de los contratos sobre mercancías futuras. En el momento de celebrarse el contrato la cosa no existe, pero se señala un plazo para su entrega. Dada la naturaleza de esta modalidad, el contrato se ha formado y simplemente sus efectos quedan diferidos a la llegada del término. En el caso de incumplimiento, si las cosas no llegan a elaborarse, se originarán las dos acciones de todo incumplimiento, es decir, la rescisión con el pago de daños y perjuicios o bien el cumplimiento de las prestaciones, con el pago también de los daños y perjuicios moratorios. La inexistencia de la cosa futura objeto del contrato viene a resolverse sólo en un caso de rescisión y, por consiguiente, se parte de la base de que el contrato, a pesar de que la cosa no existía al tiempo de celebrarse, tuvo vigencia y validez.

"A diferencia de las cosas que no existen ya, las que no existen todavía pueden ser objeto de venta; son numerosas las transacciones que se celebran con ocasión de cosas futuras; se pueden vender artículos que serán fabricados más adelante, una cosecha pendiente y hasta la cosecha de un año o de dos años después (art. 1130). Sin embargo, sabido es que las sucesiones futuras no pueden ser objeto de convención; y lo mismo ocurre con las probabilidades de ganancia inherentes a los valores amortizables por sorteo; sin duda, estos valores pueden ser cedidos, y, con ellos, la eventualidad de una ganancia; pero ésta no podría ser cedida en estado aislado; la operación podría asimilarse a una lotería prohibida". (Louis Josserand, Derecho Civil, Contratos, traduc. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, t. II, v. II, pág. 7).

4.—Un cuarto caso se presenta en relación con la herencia de una persona viva, o sea, la porción hereditaria que llegará a tener el vendedor en la sucesión testamentaria o intestada de una persona que vive en el momento en que aquél celebra el contrato de compraventa. El caso de herencia futura también encaja dentro del general de cosa futura y así lo considera el Código. Desde luego implica un problema de inexistencia por cuanto que el vendedor tiene sólo una expectativa de derecho en la herencia futura, mientras no ocurra la muerte del autor de la sucesión; todo presunto heredero legítimo o testamentario, tiene sólo una expectativa de derecho. Dice al efecto el artículo 1826: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimento".

Degni, ob. cit., págs. 114 y 115.

11.—*Posibilidad jurídica de la cosa.*—Estudiaremos ahora los dos últimos requisitos de la cosa como objeto indirecto de la compraventa, consistentes en que esté en el comercio y sea determinada o determinable. Estos requisitos se refieren simplemente a la posibilidad jurídica del objeto; no tienen nada que ver con la posibilidad física del mismo, es decir, se considera que hay una imposibilidad jurídica para que una cosa que está fuera del comercio o no es determinada o susceptible de determinarse, pueda ser objeto de un contrato.

12.—*Existencia de la cosa en el comercio.*—El requisito de que la cosa debe estar en el comercio, lo define la ley en sentido negativo, indicándonos cuándo las cosas no están en el comercio.

Artículo 747: "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio".

Artículo 749: "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

En la primera disposición se define un concepto interesante: pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio; a contrario sensu, están en el comercio las cosas que pueden ser objeto de apropiación. Pero como caeríamos en un círculo vicioso, la ley tiene que enumerar en forma negativa cuáles son las cosas que están fuera del comercio, por consiguiente, las que no pueden ser objeto de apropiación y, en consecuencia, las que tampoco pueden ser objeto de contratación. Relacionando el artículo 749 con los artículos generales en materia de contratos, obtenemos la consecuencia indicada.

Artículo 1825: "La cosa objeto del contrato debe: 1o.—Existir en la naturaleza; 2o.—Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y 3o.—Estar en el comercio".

Las cosas que están fuera del comercio por su naturaleza no se encuentran enumeradas en la ley, ni tampoco clasificadas o reglamentadas; simplemente son cosas que existen en el mundo, pero que por su constitución física no podrían ser jamás apropiadas individualmente, como los astros, el aire atmosférico, el mar, etc. Las cosas que están fuera del comercio por disposición de la ley, sí están reglamentadas.

En el Código Civil se distinguen dos categorías a este respecto: bienes de uso común y bienes destinados a un servicio público. Los primeros están fuera del comercio de manera absoluta; los destinados a un servicio público quedan excluidos del comercio temporalmente, entre-

tanto se mantengan afectados a ese servicio público. El Código vigente declara que unos y otros son bienes inalienables e imprescriptibles. En este caso se trata de bienes inalienables porque están fuera del comercio, hipótesis que deben distinguirse de la relativa a bienes que estando en el comercio, son inalienables:

En relación con esta materia, la Ley de Inmuebles Federales de 1902, que estuvo rigiendo hasta el año de 1942, para ser sustituida por la Ley General de Bienes Nacionales, admitía fundamentalmente las distinciones indicadas, sólo que en esa ley se hablaba de bienes propios y de uso común, y los destinados a un servicio público podían ser propios, caso en el cual se consideraban inalienables entre tanto no se desafectaban del servicio, o bien, se admitía que ciertos bienes destinados a un servicio público podían ser por su naturaleza o su origen, de uso común.

Para nuestro problema, en ambos casos, los bienes de uso común y los destinados a un servicio público, se reputan fuera del comercio; por consiguiente, el contrato será inexistente si se realiza la enajenación o cualquier acto de dominio sobre los mismos.

13.—*Determinación de la cosa.*—El último requisito que nos resta analizar a propósito del objeto, es su determinación. En el derecho existen tres formas:

1.—La determinación individual, que es la perfecta. En la doctrina francesa se le llama determinación por cuerpos ciertos.

2.—Determinación en especie, que atiende a los siguientes datos: género, cantidad, calidad, peso o medida.

3.—Por último, la tercera forma de determinación se precisa en atención al simple género. Esta es útil para las ciencias naturales, pero inútil e ineficaz para el derecho: los contratos no pueden tener por objeto cosas determinadas sólo en su género.

El género nunca puede ser objeto de un contrato, porque es la forma máxima de la indeterminación y, como tal, no tiene interés jurídico la prestación, ni valor pecuniario o espiritual, ni puede originar una deuda en el sentido estricto, es decir, un deber para ejecutar aquello que no puede tener interés jurídico para el acreedor, y es que cuando las cosas se determinan por su género, se acepta dentro de éste la posibilidad de que exista desde el valor máximo hasta el mínimo, o bien desde la cosa útil hasta la nociva, y es evidente que entonces el deudor entregará el valor mínimo o la cosa nociva.

4.—Además de estas formas de determinación, siguiendo la terminología de las ciencias naturales que distingue entre individuos, especies y géneros, el derecho acepta otra forma que consiste en fijar datos a través de los cuales y durante la vigencia del contrato puedan en definitiva precisarse el monto o valor de las prestaciones, no obstante que en el momento de celebrarse el negocio hay una imposibilidad de determinación. Tal sería el caso de la compraventa del combustible necesario para el sostenimiento de una fábrica. Este contrato es posible jurídicamente. En el momento de celebrarse hay una imposibilidad para determinar qué cantidad de combustible se necesitará para el funcionamiento de la fábrica porque se ignora por ejemplo, el tiempo que la fábrica funcionará; pero durante la vigencia del contrato se determinará la cuantía misma de la prestación.

Cuando en el derecho no es posible la determinación de la cosa, el contrato es inexistente. No se trata aquí de una nulidad, porque ésta implica un vicio que de no ser invocado, permite que el negocio jurídico surta efectos provisionales y, por consiguiente, hay una posibilidad material de cumplimiento. Existe una imposibilidad jurídica, porque entre tanto no se determina la cosa, el contrato no puede surtir efectos; en cambio, la nulidad supone que el contrato produce efectos; pero que éstos deben ser destruidos en atención a un vicio interno o externo del acto jurídico.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 26 y 27.

14.—*Cosa lícita.*—Además de los requisitos que hemos considerado esenciales para la existencia de la cosa como objeto indirecto de la compraventa, consistentes en su posibilidad física por existir en la naturaleza, y en su posibilidad jurídica por estar en el comercio y ser determinada o determinable, debemos referirnos al carácter lícito y litigioso de los bienes materiales de una enajenación.

Aun cuando el Código Civil se refiere a la licitud o ilicitud de los actos o hechos en relación con los contratos, sin mencionar las cosas, pues sólo la conducta humana puede recibir tal calificación, sí cabe la posibilidad de que en la compraventa ésta recaiga sobre una cosa ilícita, en cuanto que está prohibida su enajenación. Es decir, las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, pero su enajenación o adquisición, como formas de conducta, como procederes, sí pueden estar prohibidos o permitidos. Refiriéndose a tales bienes, dice Manresa:

"Cosa lícita.—Del fondo ético que inspira a todo nuestro derecho positivo, infiérese que la primera condición que ha de concurrir en la

cosa para que pueda ser objeto del contrato de compra y venta es la de ser lícita, pues si el art. 1271 dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, es indudable que su manera de decir hace relación al comercio que el Estado, como órgano superior del derecho, reconoce eficacia, y claro es que no ha de reconocer tal eficacia, como no sea en el orden penal y represivo, más que al que recae sobre objeto lícito". (Manresa, Comentarios al Código Civil Español, t. X, pág. 24).

Las leyes que reglamentan la caza y pesca, determinan épocas de veda para ciertas especies, prohibiendo su enajenación. El Código Sanitario enumera determinadas drogas enervantes y otros productos nocivos a la salud o peligrosos en su manejo, cuya libre venta se encuentra prohibida, exigiéndose generalmente prescripción médica para su consumo al público.

Los casos mencionados y otros semejantes pueden reputarse como ejemplos de enajenaciones que versan sobre cosas ilícitas en el sentido ya explicado. El artículo 8o. del Código Civil, en relación con el 2225 sirve para determinar la sanción de nulidad absoluta que afecta en general a todas las ventas que se ejecuten violando leyes prohibitivas o de interés público. Puede acontecer que por virtud de la ley misma, la cosa quede fuera del comercio, caso en el cual sería inexistente su venta. En cambio, si la ley sólo prohibe su venta, pero la mantiene dentro del comercio, por ser el bien objeto de apropiación, estando en consecuencia dentro del patrimonio de los particulares, la venta debe considerarse afectada de nulidad absoluta. El artículo 2828 del Código Civil anterior estatuía: "Pueden ser objeto de compraventa todas las cosas que están en el comercio y que no fueren exceptuadas por la ley o por los reglamentos administrativos de conformidad con ella".

15.—*Cosa litigiosa.*—En cuanto a las cosas litigiosas, el artículo 2834 del mismo Ordenamiento permitía su venta en los siguientes términos: "La venta de cosas o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa en litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando además sujeto a las penas impuestas al delito de fraude". El Código Civil vigente contiene una disposición igual (2272) y reproduce el mismo principio tratándose de la hipoteca, al permitir que se sujeten a dicho gravamen los bienes litigiosos, siempre que la demanda origen del pleito haya sido registrada o que se haga constar la circunstancia relacionada con la naturaleza de dichos bienes para que el acree-

dor la conozca. Dice así el artículo 2898 fracción VI: "No se podrán hipotecar: Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito".

"Cosa litigiosa.—Es litigiosa la cosa desde el momento en que ante los Tribunales se discute alguna relación de propiedad sobre la misma. Debe notarse, sin embargo, que si bien la cosa es realmente litigiosa para las partes desde el momento en que el litigio se entabla, puede no serlo, no obstante, desde ese mismo momento respecto de terceras personas. La ley Hipotecaria, en su art. 42, concede el derecho de pedir anotación preventiva en el Registro al que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, y siendo el demandante en todo caso el que naturalmente ha de tener más interés en que se conozca la cualidad litigiosa de la cosa sobre que recae el litigio, es indudable que la ley, con la disposición citada, ha tutelado lo suficiente ese interés al darle medios para que pueda ser conocida de todo el mundo la contienda judicial.

Si el demandante hace uso de su derecho y obtiene la anotación, la cosa será litigiosa para todos, puesto que este carácter resultará del Registro: si no lo hace, los terceros que sobre esa cosa contraten, podrán ignorar la existencia del litigio cuyo resultado definitivo ningún perjuicio les puede parar en tal caso.

La consideración, pues, de lo que del Registro de la Propiedad aparezca, dará la clave del criterio con que habrá de estimar las consecuencias de la venta de la cosa litigiosa.

Nos fundamos para pensarlo así, de una parte, en el principio general de publicidad que informa a nuestra ley Hipotecaria y de otra, en el precepto expreso del art. 107, núm. 10, de dicha ley, que al enumerar los bienes que pueden hipotecarse, aunque con ciertas restricciones, dice que se encuentran en este caso los bienes litigiosos, si la demanda, origen del pleito, se han anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor (o comprador) tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca (o la venta) quedará pendiente de la resolución del pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo, fuera del hipotecante.

Aun cuando este precepto se refiere, no al caso de venta, sino al de hipoteca, como según el Código sólo pueden hipotecarse las cosas que sean enajenables, es evidente que con sólo sustituir en la disposición del art. 107 de la ley Hipotecaria la palabra acreedor por la de comprador, tendremos en ella el criterio que buscamos". (Manresa, ob. cit., t. X, págs. 32 y 33).

En relación con la compra de cosa litigiosa, debemos distinguir en nuestro derecho la diversa situación relativa a los muebles y a los inmuebles.

En cuanto a los muebles, cabe aplicar en todas sus consecuencias la teoría de la causahabiencia a efecto de que el comprador, como causa-

habiente a título particular del vendedor, esté a las resultas del juicio seguido en contra de éste. Conforme al artículo 2272 del Código Civil vigente: "La venta de cosa o derechos litigiosos no está prohibida; pero el vendedor que no declare la circunstancia de hallarse la cosa de litigio, es responsable de los daños y perjuicios si el comprador sufre la evicción, quedando, además, sujeto a las penas respectivas".

Del anterior precepto se desprende la necesidad jurídica de que el comprador de cosas muebles que conozca su condición de litigiosas esté a las resultas del juicio, precisamente por adquirirlas en tales condiciones, o bien, sufra de todas maneras las consecuencias relativas a la evicción, si el vendedor no declaró que se trataba de bienes en litigio, lo que evidentemente supone —para que jurídicamente pueda ser privado de la cosa— que el legislador admite tal consecuencia aun cuando el comprador ignore que adquirió un bien sujeto a litigio.

La jurisprudencia de la Suprema Corte viene a confirmar la tesis que antecede respecto de la adquisición de bienes litigiosos cuando se trate de muebles, pues aun cuando no lo diga así expresamente, veremos que respecto de inmuebles es aplicable al artículo 3009 a efecto de que el adquirente de buena fe y a título oneroso, que ignore el carácter litigioso de la cosa, debe ser protegido y, por lo tanto, no deberá estar a las resultas del juicio respectivo. Conforme a la tesis número 199, a fojas 395 del Apéndice al Tomo XCVI del Semanario Judicial de la Federación: "Los causahabientes quedan sometidos a las obligaciones contraídas por sus causantes". Además, según la ejecutoria que obra a fojas 998 del Tomo XXII: "Los causahabientes no pueden estimarse como terceros ajenos a las consecuencias del juicio seguido por sus causantes..." Partiendo de tales ideas y bajo la vigencia del Código Civil de 1884, se llegó a la conclusión de que todo comprador de un bien litigioso, mueble o inmueble, debería estar a las resultas del juicio en su carácter de causahabiente a título particular del vendedor, aun cuando ignorara la condición litigiosa del bien, especialmente si se había omitido el registro de la demanda que dio origen al juicio.

De acuerdo con el artículo 3009 del Código Civil vigente, ya no es posible admitir esa tesis respecto de inmuebles y así lo sostiene una ejecutoria dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en el amparo D. 3249/52/1a., Victoria Acosta, en la que fue ponente el autor. Siguiendo la opinión de Manresa se estima en dicha ejecutoria de septiembre de 1953, que para que la cosa sea litigiosa respecto de un tercero, debe hacerse constar la existencia del litigio en el contrato de compraventa, o bien, debe inscribirse la demanda respectiva conforme al

Reglamento del Registro Público de la Propiedad, (demandas de nulidad o reivindicatorias), pues de lo contrario, el comprador será un verdadero adquirente a título oneroso y de buena fe que confiado en la certeza, en la autenticidad, en la publicidad y en la seguridad del Registro Público de la Propiedad, adquirió un inmueble que según las constancias de la propia Institución no tenía la condición de litigiosa. En consecuencia, si su causante resultó vencido en el juicio reivindicatorio o de nulidad, su causahabiente no resultará perjudicado a pesar de que "se anule o resuelva el derecho del otorgante", que aparentemente aparecía como dueño en el Registro de la Propiedad.

16.—*Precio cierto y en dinero.*—Trataremos ahora del segundo objeto en la compraventa, consiste en el precio. Este debe ser siempre cierto y en dinero. Estos dos requisitos son esenciales para la existencia del contrato de compraventa.

"El precio, objeto de la prestación del comprador, debe presentar los caracteres siguientes:

1o. Debe ser fijado en dinero;

2o. Es preciso que sea determinado, o por lo menos determinable;

3o. Serio, es decir, sincero;

4o. A veces, se exige que no se aparte demasiado sensiblemente del justo precio". (Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 10).

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 28 y 29.

También el precio debe ser justo; pero éste ya es un requisito o elemento de validez. Si el precio no es cierto o en dinero, no existe la compraventa; si el precio es injusto o lesivo, el contrato existe, pero está afectado de nulidad relativa por lesión. En la definición de la compraventa se exige que el precio en la misma debe ser cierto y en dinero:

Por precio se entiende el que está precisado o puede determinarse matemáticamente: es decir, en tanto que la cosa puede ser señalada en su individualidad o en su especie, el precio, como debe ser en dinero, no admite más que una forma de determinación y ésta debe ser precisa, exacta, matemática.

José Ma. Manresa y Navarro, Comentarios al Código Civil Español, t. X, pág. 40.

Luis María Rezzónico, Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil, Buenos Aires, 1958, pág. 146.

El segundo requisito consiste en que el precio sea en dinero; de lo contrario, la enajenación será una permuta, si a cambio de una cosa

se entrega otra. En este aspecto la ley no exige de manera absoluta que la totalidad del precio sea en dinero; permite la operación mixta en que pague una cosa con numerario y con el valor de otra, de tal manera que la operación será de compraventa cuando el numerario sea igual o superior al valor de la otra cosa que entregue al comprador, y será de permuta cuando sea inferior al valor de la misma.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 59.

Artículo 2250: "Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta".

Enneccerus, Tratado de Derecho Civil, t. II, pág. 18.

17.—*Fijación del precio.*—Con respecto al precio, se presenta el próblema de su determinación, no en cuanto a su valor, que debe ser cierto y en dinero, pero sí respecto a la forma como habrá de fijarse, que la ley puede dejar al común acuerdo de las partes, a la voluntad de un tercero, al valor corriente de las mercancías en el mercado, o de una manera imperativa, en los casos de expropiación, fijando entonces la propia ley el monto del precio.

Messineo, ob. cit., t. V, pág. 67.

El caso ordinario se presenta cuando las partes de común acuerdo fijan el precio. No implica problema alguno y es la forma normal de la compraventa.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 29 a 31.

La fijación del precio por un tercero, presenta varios problemas en el derecho: el primero se refiere a resolver el papel que desempeña el tercero; el segundo a determinar en qué momento existe la compraventa y el tercero a la posibilidad de que fijado el precio, las partes no se sujeten a él.

Papel que desempeña el tercero en la determinación del precio.—Hay tres maneras de considerar al tercero: a) como perito; b) como árbitro, y c) como mandatario de las partes. Las tres formas no deben con-

siderarse aisladamente, en nuestro concepto, porque el tercero desempeña o puede desempeñar los tres papeles.

La segunda cuestión sí tiene verdadero interés, y se refiere a determinar en qué momento se celebra la compraventa. Hay dos tesis para determinar el momento en que la compraventa queda celebrada: la primera afirma que en tanto no exista precio, falta un elemento esencial, no existe compraventa. Se funda en un conjunto de disposiciones generales y particulares; las generales ya las conocemos: el contrato es inexistente por falta de objeto. Las disposiciones especiales exigen:

a) Como definición en la compraventa, que exista un precio.

b) Que el contrato se perfeccione en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en la cosa y en el precio.

c) Que desde ese momento pertenece la cosa al comprador y el precio al vendedor, aunque no se haya hecho la entrega de ambos.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 33 y 34.

Pero en relación con estos artículos que nos permiten fundar la primera tesis, tenemos otros que originarán duda y que nos harán pensar que el contrato de compraventa se perfecciona desde que las partes designan al tercero para que éste fije el precio y que, por consiguiente, el contrato existe antes de que se conozca el mismo, a diferencia de la primera tesis que afirma que mientras no se determine, no hay compraventa, a pesar de que las partes se hayan puesto de acuerdo en elegir a un tercero para que lo determine. Los artículos que podrían servir de fundamento a la segunda tesis son respectivamente el 2252 y 2253.

Artículo 2252: "Fijado el precio por el tercero no podrá ser rechazado por los contratantes, sino de común acuerdo".

Artículo 2253: "Si el tercero no quiere o no puede señalar el precio, quedará el contrato sin efecto; salvo convenio en contrario".

Se razona diciendo: fijado el precio, los contratantes no pueden rechazarlo, es decir, estaban predeterminados a respetarlo, tenían una obligación previa y sólo es explicable aceptando que el contrato se formó desde el acuerdo de las partes respecto a la cosa y a la elección de un tercero para fijar el precio. Además, se dice: si el tercero no puede o no quiere señalarlo, quedará el contrato sin efecto; luego entonces, surtía efectos y quedó sin ellos, porque en definitiva no se fijó el precio.

En nuestro concepto estos artículos no nos autorizan a derogar una ley fundamental en los contratos y también un elemento de definición en la compraventa. Lo único que sucede es que existe un contrato especial antes de la compraventa cuyo contenido es respetar el precio que

fije el tercero; es decir, hay un precontrato que obliga a celebrar la compraventa en el precio que fije el tercero. El precontrato nos explica por qué las partes quedan obligadas antes de la fijación del precio; también nos aclara que el contrato preliminar quede sin efecto si el tercero no puede o no quiere fijar el precio.

18.—*Precio justo.*—Otro requisito del precio consiste en su justicia; es decir, el precio debe ser justo. Este atributo ya no es un elemento esencial del precio. El contrato de compraventa existe y sólo estará afectado de lesión y, por consiguiente, de nulidad relativa, cuando haya una desproporción notable, evidente, entre el valor de la cosa y el precio en dinero que se pague por la misma, siempre y cuando esa desproporción obedezca, en nuestro derecho, a miseria, ignorancia o inexperiencia, y haya sido obtenida por una explotación de una de las partes con respecto de la otra. Ordenando estos conceptos diremos:

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 58 y 59.

1.—El precio debe ser justo.

2.—Para que el precio sea justo debe existir una equivalencia entre la cosa y el dinero que se pague por la misma.

3.—Para nuestro derecho positivo, no sólo se atiende el dato objetivo de la equivalencia, pues puede romperse esa relación de tal manera que el precio sea desproporcionado y a pesar de ella la compraventa válida.

4.—Es menester que, además de la proporción notoria entre las prestaciones, exista una causa subjetiva debido a que provenga de extrema miseria, suma ignorancia o notoria inexperiencia del comprador y, además, que haya habido explotación indebida por parte del vendedor.

Los anteriores elementos se encuentran contenidos en el artículo 17 del Código Civil vigente, que dice así: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año" (reformado por el artículo 1o. del Decreto de 12 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre del mismo año).

Ya en el tomo III hicimos el estudio correspondiente sobre la lesión, por lo que nos remitimos al mismo.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 261 y 262.

En el Código Civil francés la lesión se calcula matemáticamente. Debe haber lesión para el vendedor de bienes inmuebles, en más de siete doceavos del valor del precio.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 15.

19.—*Precio verdadero.*—Además de la certeza y justicia del precio, como requisito que hasta ahora hemos analizado en relación con la compraventa, en la doctrina se requiere que el precio sea verdadero, en oposición al simulado. Es decir, tratándose de un elemento esencial del citado contrato, como es uno de sus objetos indirectos, evidentemente que debe existir en forma real, pues si se justificare en el juicio correspondiente, que en verdad el supuesto comprador no pagó cantidad alguna por la cosa enajenada tendría que concluirse que la venta se simuló en forma absoluta o relativa. Habrá simulación absoluta si además de la falta del precio, las partes no tuvieron la intención de enajenar y aquirir respectivamente la cosa, de tal suerte que todo lo que declararon en el contrato fue falso y nada tuvo de real. La simulación será relativa si los contratantes tuvieron la intención de enajenar y adquirir, pero sin que mediara un precio, es decir, celebrando una verdadera donación disfrazada de compraventa.

"El precio debe ser serio, es decir, sincero. En este orden de ideas han de preverse diversas eventualidades:

1o. El precio es ficticio; en la intención de las partes, no será pagado; el vendedor da recibo al comprador sin haber recibido nada. No hay venta, porque no hay precio; pero esto no quiere decir que la operación sea ineficaz; la simulación, como se sabe, no vicia por sí sola la convención; en su caso, ocurrirá algo muy distinto quizá, porque asegurará la validez de dicha convención, la salvará de la nulidad, o hasta de la inexistencia: la operación podrá valer como donación disfrazada bajo la forma de venta, y aun cuando no haya sido empleada la forma notarial;

2o. El precio es efectivo; se paga, pero es tan bajo, tan vil, que se convierte en irrisorio; aquí también, la operación puede salvarse a título de donación, porque no tiene importancia el nombre con que las partes han bautizado el contrato: lo que importa es la realidad, no el rótulo.

3o. El precio es disimulado: es, en realidad, más elevado que lo que se ha declarado; la venta no es por tal razón menos válida, pero la contraescritura que tiende a aumentar el precio, no siempre lo es; está afectada de nulidad por la ley, en las cesiones de oficios ministeriales, en las ventas de inmuebles, así como en las cesiones de fondos de comercio o de clientela (L. 27 de febrero de 1912, arts. 6 y 7)". (Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 13 a 15).

También ha de entenderse como requisito del precio verdadero que éste sea en cierta forma equivalente o aproximado con el valor de la cosa, toda vez que si se pactase un precio insignificante o irrisorio, en realidad se trataría de cubrir con una simple fórmula un requisito esencial.

Rezzónico, ob. cit., pág. 153.

Según Planiol y Ripert, la simulación en el precio para defraudar al fisco, motiva la nulidad de la compraventa, siendo de carácter absoluto, por ser de orden público y, por lo tanto, no será susceptible de desaparecer por ratificación. Estimamos que en nuestro derecho podrán darse los casos de simulación absoluta y, por lo tanto, de inexistencia, si además de la falta del precio, no ha existido la intención de enajenar y adquirir la cosa objeto del supuesto contrato. En cambio, se tratará de una nulidad por ilicitud en el acto jurídico, si para defraudar al fisco se aparentó un precio de una verdadera donación, con el propósito de pagar un menor impuesto, toda vez que conforme al artículo 2182 del Código Civil vigente, una vez descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, el mismo será nulo si la ley así lo declara. Ahora bien, el tratar de eludir los impuestos correspondientes a la donación, implica un acto ilícito por ir en contra tanto de leyes de interés público, como de carácter prohibitivo, motivándose la nulidad del mismo conforme a los artículos 8 y 2225 del citado Ordenamiento.

El precio irrisorio es aquel que no guarda relación alguna con el valor de la cosa, rompiéndose de manera absoluta toda posibilidad de equivalencia entre los objetos indirectos del contrato ya mencionados. Sin embargo, no debe confundirse tal caso con el de la lesión debida a la explotación de la miseria, inexperiencia, ignorancia o necesidad del vendedor, cuando éste se vea obligado o engañado al recibir un precio notoriamente desproporcionado con el valor de la cosa, pues en la hipótesis que tratamos, es decir, cuando el precio es irrisorio, en verdad no existe el propósito por parte del vendedor de enajenar la cosa a cambio de una insignificante cantidad en dinero, de tal suerte que en la mayoría de los casos lo que se pretende es ejecutar una donación.

Estimamos que tanto este caso, como el de simulación absoluta del precio al declarar falsamente una cantidad ficticia, para encubrir una donación, constituyen propiamente simples infracciones desde el punto de vista fiscal y, por lo tanto, satisfechos los impuestos omitidos, habrá una verdadera convalidación, sin que civilmente pueda fundarse la nulidad, a no ser que exista fraude o perjuicio para terceros, especialmente para los

acreedores del vendedor. En este supuesto estaremos en presencia del fraude pauliano y de la nulidad consagrada por los artículos 2163 y siguientes del Código en vigor. La argumentación anterior descansa en la hipótesis prevista por el artículo 2182, conforme al cual: "descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare".

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 34 a 36.

CAPITULO IV

Elementos de Validez en la Compraventa

1.—*Capacidad.*—Respecto a estos elementos sólo cabe mencionar especialmente la capacidad y la forma. En cuanto a la ausencia de vicios en el consentimiento y a la licitud en el objeto, motivo y fin del contrato, se aplican las reglas generales expuestas ya en el Tomo III.

Degni, La Compraventa, págs. 83 a 85.

La capacidad en la compraventa sí presenta problemas especiales. Podemos distinguir dos: 1o.—Requisitos que deben observarse para ciertas enajenaciones y 2o.—Prohibiciones para vender y para comprar.

2.—*Requisitos que deben observarse para celebrar ciertas enajenaciones. Adquisición de inmuebles por extranjeros.*—El Código Civil previene que en lo relativo a las enajenaciones o adquisiciones de bienes inmuebles, se estará a lo dispuesto por el artículo 27 constitucional y leyes reglamentarias. Dice al efecto el artículo 2274: "Los extranjeros y las personas morales no pueden comprar bienes raíces sino sujetándose a lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en sus leyes reglamentarias". En el citado precepto constitucional se dispone lo siguiente: "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren

adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas".

El mencionado texto constitucional fue adicionado en los términos siguientes, según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del dos de diciembre de 1948, que entró en vigor desde el día siguiente: "El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones".

De acuerdo con la Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 constitucional, promulgada en el *Diario Oficial* de la Federación de 21 de enero de 1926, en el artículo 1o., se previene que además de la prohibición absoluta para que los extranjeros puedan adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en la zona prohibida, también se les impide ser socios de sociedades mexicanas que adquieran tal dominio en dicha zona (esta ley fue abrogada por el artículo segundo transitorio, fracción II de la Ley de Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 27 de diciembre de 1993).

Es de fundamental importancia la disposición contenida en el artículo 8o. de la repetida Ley Orgánica, en virtud de que en él se previene: "Los actos ejecutados y los contratos celebrados contra las prohibiciones contenidas en esta ley *serán nulos de pleno derecho.* La falta de cumplimiento de los artículos 4º y 6º dará lugar al remate de los bienes en ellos señalados". A su vez el artículo 16 del reglamento de la repetida Ley Orgánica, publicado en el *Diario Oficial* del día 29 de marzo de 1926, estatuye que: "La declaración de la nulidad que establece el artículo 8o. de la ley, será hecha por los tribunales federales competentes, a petición del Ministerio Público, quien obrará por instrucciones de la Secretaría de Re-laciones. En todo caso, se oirá al respectivo interesado". (Este reglamento fue abrogado por la fracción I del segundo transitorio del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera del 15 de mayo de 1989.)

3.—*Enajenación de una parte alícuota en la propiedad.*—Un segundo caso relativo a requisitos por observar en la adquisición de bienes, se presenta en la copropiedad, en relación con el derecho del tanto de los condueños. Todo copartícipe para enajenar su parte alícuota, bien sea en la copropiedad ordinaria o en la hereditaria, debe notificar previamente a los demás copropietarios para que ejerciten el derecho del tanto, es decir, para que sean preferidos en la venta en igualdad de condiciones,

ante un tercero. En el caso de que varios copartícipes quieran hacer uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor interés por su porción alícuota, y si todos tienen partes iguales, la suerte decidirá quién será el elegido, salvo convenio en contrario, para hacer uso del citado derecho.

El artículo 973 del Código Civil vigente dice así: "Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A ese efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno". El mencionado precepto reproduce substancialmente lo dispuesto por el artículo 2843 del Código Civil de 1884. En cambio, los artículos 2973 y 2974 del Código Civil de 1870 prescribían lo siguiente: "Los copropietarios de cosa indivisa no pueden vender a extraños su parte respectiva si el partícipe quere hacer uso del tanto". "En caso de contravención a lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el copropietario preterido pedir la rescisión del contrato; pero solamente dentro de seis meses contados desde la celebración de la venta".

Los preceptos que anteceden han planteado en el derecho mexicano el problema relativo a determinar si en los casos de violación del derecho del tanto, se trata de una inoponibilidad, de una inexistencia, o bien, de una nulidad absoluta o relativa. En el Código Civil vigente, cuando se viola el derecho del tanto en la copropiedad hereditaria, el artículo 1292 claramente determina que se tratará de una nulidad. Dice así el precepto: "El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de este derecho, el vendedor está obligado a consumar la venta a su favor conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. *Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula*".

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 369.

En la copropiedad ordinaria, el artículo 973 del mencionado Código vigente no dice expresamente que la venta será nula cuando se viole el

derecho del tanto, sino que emplea esta otra expresión: "La venta no producirá efecto legal alguno". Ante estas disposiciones, cabe preguntar si el legislador de 1928 ha querido seguir dos criterios respecto a la misma materia, no obstante que no existe diferencia substancial alguna, pues tanto la copropiedad ordinaria como la hereditaria coinciden en sus atributos esenciales al constituir dos formas de condominio.

Como la carencia de efectos jurídicos a que se refiere el artículo 973 puede significar que el legislador se quiso referir a la nulidad, cabría sostener desde un primer punto de vista, que en nuestro derecho vigente la violación del tanto debe sancionarse con la nulidad, pues a ella se refiere expresamente el artículo 1292 para el caso de que un heredero enajene su derecho, sin notificar a los demás coherederos para que hagan uso del tanto.

La tesis de la nulidad plantea a su vez el problema relativo a determinar si se trata de una nulidad absoluta o relativa. Desde el punto de vista de la doctrina el problema es de solución fácil dado los intereses en conflicto, al carácter de la ley violada y la finalidad perseguida por el legislador al proteger a una sola persona, el copropietario preterido. En efecto, por virtud de estas características habrá que considerar que estamos en presencia de una nulidad relativa, pues si dicho afectado ratifica la venta, sería absurdo permitir que alguna otra persona pudiera pedir la nulidad, así como que la ratificación fuese inoperante, de tal suerte que pudiera retractarse de ella el que la otorgó. En consecuencia, una vez ratificada la venta, el contrato quedaría convalidado sin que hubiere razón jurídica para estimar que en el caso se trata de una ley que protege intereses generales y que por lo tanto, a pesar de la voluntad del copropietario excluido, la venta continuare siendo nula.

En relación con este problema, se ha pensado que en rigor el artículo 973 consagra una inoponibilidad, pues dice expresamente que: "la venta no producirá efecto legal alguno", cuando se viola el derecho del tanto, lo que significa que el copropietario preterido tiene el derecho de ejercitar su preferencia como si no hubiese habido venta, a fin de que a pesar de la enajenación ya efectuada, se le venda la parte alícuota correspondiente, prescindiendo en lo absoluto de la primera enajenación. De esta suerte, en el momento en que sepa de la misma interpelará al copropietario que vendió, a efecto de que cumpla con el tanto. En tal caso, dicho enajenante tendrá el deber jurídico de rescindir, si ello es posible, la venta indebidamente concertada; pero si no lograre la rescisión por negativa del mismo adquirente o porque se rehuse a pedirla el enajenante, entonces la inoponibilidad se manifiesta en el derecho del preterido para exigir: 1º—Que se

declare sin efecto la venta realizada con violación del derecho del tanto, tal como lo previene la ley y, 2º—Que se venda la porción respectiva en las mismas condiciones en que había sido indebidamente enajenada.

Deducidas las acciones mencionadas, el juez simplemente deberá declarar inoponible la venta frente al copropietario preterido, aplicando la parte final del repetido artículo 973. Declarada la inoponibilidad, ordenará la restitución de la cosa y del precio con las compensaciones respectivas de frutos e intereses, para salvaguardar los derechos del adquirente, y a su vez condenará al copropietario enajenante a vender en los mismos términos en que hizo al tercero, apercibiéndolo de que de no hacerlo, el contrato se firmará en su rebeldía por el juez. En esta forma se ha entendido la sanción impuesta por el precepto aludido, considerando que constituye así la manera más perfecta de proteger el derecho del tanto.

La tesis de la inoponibilidad tiene su antecedente en el Código Civil de 1870 y, especialmente, en nuestra tradición jurídica española.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 364 a 370.

En oposición a la tesis de la inoponibilidad y debido a que el Código Civil de 1884 modificó al de 1870, al prevenir que la venta con violación del tanto no produciría efecto legal alguno, en vez de estatuir la rescisión que reguló el artículo 2974 del último ordenamiento citado se ha estimado que en la actualidad debe interpretarse la carencia de efectos no como una forma de la inoponibilidad, sino en el sentido de la nulidad, lo cual se confirma a propósito de la copropiedad hereditaria, pues respecto de ella el Código Civil vigente determina con toda claridad en el artículo 1292 que la venta que se hiciere con violación del derecho del tanto de los coherederos, será nula. Ante esta última disposición se piensa que si la ley no nos hubiese dado otro dato para aclarar en qué sentido debería interpretarse la privación de efectos que estatuye el artículo 973, entonces sí sería lícito recurrir a la tradición jurídica española para sostener la tesis de la inoponibilidad, pero al existir la situación contraria, debe interpretarse la mencionada ineficacia como una forma de nulidad.

4.—*Compraventa entre consortes.*—Los artículos 2275, 174, 175 y 176 del Código Civil vigente, regulan la compraventa entre consortes en los siguientes términos:

Artículo 2275: "Los consortes no pueden celebrar entre sí el contrato de compraventa, sino de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 174 y 175" (este artículo fue derogado por el artículo 5º del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1974).

Asimismo, los artículos 174 y 175 fueron modificados por el artículo 5º del Decreto antes mencionado, para quedar como sigue:

"Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración" (artículo 174).

"También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean del interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga la libertad" (artículo 175).

Posteriormente, estos dos artículos fueron derogados por el artículo 1o. del Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 6 de enero de 1994.

"El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes" (artículo 176).

Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 174 en relación con el 2275, antes de la reforma, podía concluirse a primera vista que todo contrato de compraventa entre marido y mujer sólo podía celebrarse mediando la autorización judicial la cual a su vez se negaría cuando resultaren perjudicados los intereses de la esposa; pero esta afirmación absoluta queda restringida en sus efectos por el artículo 176, pues conforme a este precepto especial para el contrato de compraventa, tal operación podrá celebrarse entre consortes cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes, lo cual significa que existiendo sociedad conyugal, ni aún mediando la autorización del juez podría celebrarse la compraventa. En verdad esta limitación sólo se justifica en el caso de que dicha sociedad comprenda absolutamente todos los bienes de los consortes, tanto los anteriores a la celebración del matrimonio, como los que con posterioridad se adquieran. Ahora bien, existiendo la posibilidad de que la sociedad conyugal sólo comprenda determinados bienes, de tal suerte que los consortes mantengan la propiedad exclusiva de otros, es evidente que el artículo 176 debió también permitir el contrato de compraventa aún en los casos que existiere sociedad conyugal, limitándolo a los bienes propios de cada consorte.

Planiol, Los Contratos Civiles, ob. cit., págs. 56 y 57.

5.—*Compraventa entre padre e hijo.*—El artículo 2278 del Código Civil vigente dispone que: "Los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes comprendidos en la primera clase de las mencionadas en el artículo 428" Conforme a este último precepto: "Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases: I.—Bienes que adquiera por su trabajo: II.—Bienes

que adquiera por cualquier otro título". En consecuencia, el artículo 2278 prohibe la compraventa de los bienes que adquiera el hijo por cualquier título distinto de su trabajo.

Considerando que el artículo 2278 se refiere a los hijos sujetos a patria potestad, es evidente que, para los mayores de edad no habrá limitación alguna a efecto de que puedan vender sus bienes, cualquiera que sea su naturaleza, a sus propios padres. Respecto de los hijos menores de edad se presenta el problema relativo a la representación del menor, que conforme al artículo 425 en relación con el 426, corresponderá a ambos padres y, por lo tanto, la enajenación tendrá que ser consentida por los dos, pues incluso para los actos de administración, aun cuando en principio el padre tendrá la representación, deberá consultar con la madre, requiriendo su consentimiento expreso para los negocios de mayor importancia. En tales condiciones, bien sea que la venta se lleve a cabo en favor del padre o de la madre, supuesto que ambos deberán dar su consentimiento, estaremos en presencia de la figura jurídica denominada: contrato consigo mismo, pues por ser el hijo menor de edad, no podrá concurrir al acto. De esta suerte, la voluntad de la parte vendedora estará constituida por el mutuo consentimiento de ambos padres, quienes actuarán en nombre y representación del hijo vendedor. A su vez, la voluntad de la parte compradora se formará exclusivamente por la del padre o madre que en su propio nombre adquieran el bien de que se trate. En el supuesto de que sólo viviere el progenitor contratante, tanto la voluntad de la parte vendedora como la de la parte compradora, correspondería desde el punto de vista psicológico a la misma persona (padre o madre), pero en sentido jurídico dicha voluntad se expresaría en nombre y representación del hijo vendedor. En cuanto a la voluntad del comprador, esta sí correspondería en lo personal a la propia del ascendiente o progenitor que celebre el contrato.

Dados los términos del artículo 2278 que se refiere a la venta que ejecutare el hijo en favor del padre, cabe concluir que nada se dispone respecto a la compra que hiciere el menor, quien con el producto obtenido por virtud de su trabajo, sí estaría en condiciones de adquirir un bien de su progenitor. Ahora bien, surge el problema relativo a una compra en condiciones de evidente perjuicio para el hijo, pues cabe también la posibilidad de que, como en el caso anterior, el precio no guarde relación con el valor de la cosa. Independientemente de que se configurase la acción en los términos del artículo 17, lo cual puede ocurrir aun cuando no hubiere contrato consigo mismo, cabe observar que en

esta figura especial y por las razones que justifican el artículo 2280, la venta o la compra deben prohibirse no sólo a las personas que enumera este último precepto, sino también a todos aquellos representantes que pudieren abusar de su carácter para representar al vendedor o al comprador con el fin principal de perjudicarlo, olvidándose de que por su calidad misma, están obligados a anteponer a su interés personal el de sus representados. Es por este motivo y atendiendo además a las razones que inspiran el artículo 2280, por lo que pensamos que no debe hacerse una interpretación restrictiva del precepto, sino que debe extenderse no sólo a los casos en que el representante, compre, sino también a aquellos en que venda y en general en los que ejecute contratos bilaterales que expongan al representado a sufrir una lesión en su interés, por existir una notoria desproporción entre las prestaciones, desapareciendo así la equivalencia que debe reinar respecto a las mismas.

6.—*Prohibiciones para vender y comprar.*—Como casos importantes que implican una prohibición para vender y, correlativamente, para poder comprar válidamente, podemos citar las disposiciones relativas a bienes inalienables, las referentes al patrimonio familiar, a los ejidos en materia agraria y las relativas a ciertos productos que se obtengan por la tala de los montes, la caza y la pesca.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 26 y 27.

Desde luego el artículo 27 constitucional declara inalienables las aguas nacionales, los minerales que enumera el propio precepto como propiedad de la Nación y el patrimonio familiar.

Los bienes inalienables a que se refiere el citado artículo constitucional originan una incapacidad para vender y, en el caso de violarse la prohibición correspondiente, estimamos que habrá una inexistencia, pues la venta tendría un objeto jurídicamente imposible, por estar el bien fuera del comercio.

Además de lo expuesto, cabe considerar que la enajenación que se realizare por la Nación respecto de bienes inalienables, no podría convalidarse por una ratificación expresa o tácita, pues el efecto de la misma sería el de reincidir en la imposibilidad jurídica para realizar el acto. Por la misma razón en todo tiempo podría invocarse por todo interesado la inexistencia, de tal suerte que los mismos órganos del Estado que hubieren realizado la enajenación, podrían en cualquier momento invocar dicha inexistencia.

También los bienes que constituyen el patrimonio familiar son inalienables. Al respecto la fracción XVII del citado artículo constitucional, dispone que: "Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno".

Reglamentando la citada base constitucional se dispone por los artículos 723 a 746 bis del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que son objeto del patrimonio de familia la casa habitación de la misma y en algunos casos, una parcela cultivable. Además, la constitución de dicho patrimonio no hace pasar la propiedad de los bienes afectados, del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria, quienes sólo gozan de un derecho de disfrute. "Art. 746 bis.—Si alguno de los miembros de la familia muere, sus herederos, si los hubiere, tendrán derecho a una porción hereditaria al efectuarse la liquidación, si no hubiere herederos, se repartirán entre los demás miembros de la familia". G.O.DF., 25 de mayo de 2000. En el artículo 727 se declara que: "Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno". G.O.DF., 25 de mayo de 2000.

En la vigente Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el Diario Oficial del 8 de enero de 1982, se declaran también inalienables determinados bienes. Al efecto el artículo 1º dispone que: "El patrimonio nacional se compone de: I.—Bienes de dominio público de la Federación, y II.—Bienes de dominio privado de la Federación". En el artículo 16 se declara que los bienes del dominio público nacional son inalienables e imprescriptibles y no están sujetos mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provicional. Los particulares y las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes los derechos regulados en la citada ley y en las especiales que dicte el Congreso de la Unión.

Es importante consignar que de acuerdo con el artículo 20 de la ley que estudia: "Las concesiones sobre bienes de dominio público no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el acto o título de la concesión".

Según el precepto transcrito, no sólo el Estado queda incapacitado para enajenar los bienes de dominio público de la Federación, sino que también se le prohibe llevar a cabo la constitución de derechos reales sobre los mismos, pues tal acto implicaría una enajenación parcial en cuanto al uso o goce, o bien, un gravamen o restricción al dominio. De aquí que las concesiones sobre tales bienes no puedan crear derechos reales. En el segundo tomo de la *Teoría General de los Derechos Reales*, hemos hecho un estudio extenso sobre el problema relativo

a determinar si las concesiones pueden crear en nuestro derecho verdaderos gravámenes o derechos reales en sentido civil o administrativo. Para esta importante cuestión debe consultarse como obras especiales de autores mexicanos que abordan el problema especialmente respecto a la concesión minera y a los derechos del Estado sobre los bienes del subsuelo, tanto la importante monografía de Alberto Vásquez del Mercado (Concesión Minera y Derechos Reales), como el estudio de Oscar Morineau (Los Derechos Reales y el Subsuelo en México).

Según nuestro punto de vista que ya hemos sustentado en la repetida obra, la concesión sobre bienes de dominio público nacional, que afecte en algún sentido el uso, el goce, la disposición o la substancia misma de la cosa, no puede crear verdaderos derechos reales civiles o administrativos, en virtud de que es de la esencia de los mismos implicar siempre una enajenación parcial por desintegración o afectación de los elementos constitutivos del dominio o derecho de propiedad. En consecuencia, tratándose de bienes inalienables, la prohibición debe entenderse no sólo en el sentido de que el Estado no podrá disponer de los mismos mediante enajenación que implique la trasmisión del dominio, sino que tampoco podrá realizar lo que sería una verdadera enajenación parcial, si a través del acto jurídico de la concesión pudiera constituir derechos reales o gravámenes en general sobre los bienes de dominio público.

Para nuestro problema concreto relacionado con las prohibiciones para comprar o vender, cabe observar que tratándose de los citados bienes de dominio público nacional, no sólo existiría compraventa en el caso de enajenación de la propiedad, sino también para el supuesto de que se trasmita un derecho a cambio de un precio cierto y en dinero. En efecto, el artículo 2248 del Código Civil vigente al estatuir: "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero", comprende dentro de la misma definición tanto la trasmisión del dominio de las cosas, como la transferencia de los derechos siempre y cuando se lleven a cabo a cambio de un precio cierto y en dinero. Por lo tanto, dada la prohibición de enajenar los bienes de dominio público federal, la Administración Pública no podría tampoco transferir derechos reales o personales sobre tales bienes, a cambio de que el concesionario se obligase a pagar un precio determinado y en efectivo, pues para este supuesto, no obstante que el derecho trasmitido no tuviere naturaleza real, estaría realizando una compraventa y, por lo tanto, el acto sería contrario al artículo 16

de la ley que se comenta, conforme al cual son inalienables e imprescriptibles los bienes de dominio público nacional.

En el artículo 27 Constitucional se consagran otras prohibiciones para enajenar y para adquirir. Desde luego ya hemos mencionado que la fracción I de dicho precepto prohibe al Estado Mexicano enajenar a los extranjeros y a las sociedades extranjeras el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones en la zona prohibida de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Las fracciones II y III fueron reformadas por el Artículo Unico del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992, para quedar como sigue:

II.—Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria;

III.—Las instituciones de beneficencia pública y privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria;

La fracción IV fue reformada por el Artículo Unico del Decreto publicado el 6 de enero de 1992, estableciendo lo siguiente:

IV.—Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto.

En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extención que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la fracción XV de este artículo. La ley reglamentaria regulará la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no excedan en relación con cada socio los límites de la pequeña propiedad. En este caso, toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos, será acumulable para efectos de cómputo. Asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades.

La propia ley establecerá los medios de registro y control necesarios para el cumplimiento de los dispuesto por esta fracción.

En la fracción V se incapacita a los bancos para adquirir en propiedad o en administración bienes raíces que no sean necesarios para su objeto directo.

Por último, la fracción VII incapacita a las demás corporaciones, exceptuando a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal o a los que hubieren sido dotados, restituidos o constituidos en centros de población agrícola, para adquirir en propiedad, o administrar por sí, bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos, con la única excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al objeto de la institución.

En cuanto a los Estados, el Distrito Federal, lo mismo que a los Municipios de toda la República, la fracción VI del citado artículo 27 Constitucional, les otorga plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos. (El primer párrafo de esta fracción fue reformado por el Artículo Unico del Decreto publicado en el Diario Oficial 6 de enero de 1992).

7.—*Prohibiciones especiales para comprar consignadas en el Código Civil.*—En los artículos 2274 a 2282 del Código Civil vigente se crean incapacidades especiales para comprar que analizaremos brevemente.

a).—En el artículo 2274 se incapacita a los extranjeros y a las personas morales para comprar bienes raíces, fuera de los casos permitidos por el artículo 27 Constitucional y sus leyes reglamentarias. Ya sobre las prohibiciones respectivas hemos tratado en el número 2.

b) El artículo 174 declaraba que: "Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración". (Derogado).

El artículo 175 disponía que "También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges". (Derogado).

c) En el artículo 2276 se dispone que: "Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes".

Degni ob. cit., págs. 100 a 103.

Conforme al artículo 2282 las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el capítulo de que tratamos, en el cual se comprende el artículo 2276, serán nulas, ya se hayan hecho diretamente o por interpósita persona. Como el precepto no define si se trata de una nulidad absoluta o relativa, debemos aplicar el artículo 2225 conforme al cual la ilicitud

en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley. Ahora bien, como no hay determinación expresa ni en el citado artículo 2282, ni en el correlativo 2276, ni en algún otro referente a la compraventa, debemos aplicar las reglas que se desprenden del propio Código en su título consagrado a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos, para poder determinar de qué clase de nulidad se trata en el caso concreto. En tales condiciones, como de acuerdo con el artículo 2226 la nulidad absoluta no desaparece por la confirmación o la prescripción y de ella puede prevalerse todo interesado, creemos que dado el objeto de la prohibición creada en el artículo 2276, no puede haber posibilidad jurídica de confirmación del acto, ni de prescripción de acción de nulidad, pudiendo ésta ser intentada por todo interesado.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 121.

La ratificación en el caso a estudio vendría a reincidir en la nulidad y en la ilicitud misma que trae consigo el acto ejecutado en contravención a lo dispuesto por el artículo 2276. Además, la ratificación a que aluden los artículos 2231, 2233, 2234 y 2235 del Código Civil vigente, tiene la virtud de convalidar el acto nulo, cuando quien ha padecido un vicio de la voluntad ha sido incapaz o no observó las formalidades legales, con conocimiento de tales circustancias, renuncia a ejercitar la acción de nulidad y confirma el acto irregular, sin incurrir, como es evidente, en el mismo vicio. Por esto el artículo 2233 prescribe que cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación. Para el caso de inobservancia de la forma, el artículo 2231 exige que se otorgue nuevamente el acto jurídico cumpliendo con la formalidad legal. De lo anterior se desprende que la confirmación para producir el efecto de convalidar el acto, debe referirse a un vicio que depende de la voluntad del o los interesados suprimir, de tal manera que en el nuevo acto confirmatorio ya no se incurra en tal vicio. Ahora bien, tratándose de la prohibición impuesta a los magistrados, jueces y demás personas que enumera el artículo 2276, es obvio que no dependerá de su voluntad eliminar el vicio de ilicitud en el que ya se incurrió al adquirir violando tal precepto y, por lo tanto, aun en el supuesto de que al ejecutarse el acto confirmatorio ya el funcionario hubiere dejado de ser tal o el abogado ya no intervenga con ese carácter en el juicio respectivo, tendrá que admitirse que la ilicitud quedó consumada para siempre, porque el espíritu del precepto es precisamente impedir que esos funcionarios, abogados, procuradores o peritos adquieran determinados bienes que sean objeto de los juiios en que intervengan para evitar un

precio inferior al justo. En consecuencia, la ratificación vendría a ratificar también la ilicitud en la que se hubiere incurrido. Por esto en términos generales los actos ilícitos no son susceptibles de confirmación, pues al tratar de confirmarlos lo único que se haría sería ratificar la ilicitud misma. O en otros términos, lo ilícito sigue siendo ilícito a pesar de la confirmación del acto. Cabría decir que se robustece o agrava tal ilicitud.

No existiendo disposición expresa que señale un término de prescripción para este tipo de nulidad por ilicitud, como ocurre tratándose de la violencia, de la incapacidad y del error (artículos 2236 y 2237), debe estimarse que en este caso la acción sería imprescriptible.

Por último, opinamos que todo interesado puede prevalerse de dicha nulidad, como requiere el artículo 2226, tomando en cuenta que se trata de la violación de un precepto de interés público y, por lo tanto, no sólo las partes directamente interesadas, sino también todos aquellos terceros que resulten directa o indirectamente perjudicados por el acto ilícito, como serían los acreedores del vendedor, podrán pedir la nulidad.

Degni, ob. cit., págs. 97, 98, 99 y 100.

d).—En el artículo 2278 se consagra la prohibición que ya hemos analizado respecto a los hijos sujetos a patria potestad, quienes no pueden vender a sus padres los bienes comprendidos en la segunda parte del artículo 428, es decir aquellos que hubieren adquirido por un título distinto de su trabajo.

e).—Es muy importante la prohibición contenida en el artículo 2280, conforme al cual: "No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: I).—Los tutores y curadores; II).—Los mandatarios; III).—Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado; V).—Los interventores nombrados por el testador o por los herederos; V).—Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia; VI).—Los empleados públicos".

Degni, ob. cit., págs. 87, 88 y 89.

Razones de orden público justifican las distintas prohibiciones contenidas en el artículo 2280, pues es evidente que tanto en los casos de representación legal o voluntaria (tutores, mandatarios, ejecutores testamentarios y albacea en caso de intestado y representantes en los casos de ausencia), así como en aquellos otros casos en los que sin tener representación, puede existir una situación privilegiada (interventores nom-

brados por el testador o por los herederos, administradores e interventores en los casos de ausencia y empleados públicos) habrá el peligro de que se sacrifique el interés del representado o dueño de la cosa, en aras del interés del representante o persona que por su cargo pudiera obtener un precio inferior al justo. También en el caso median razones de interés general para considerar que es lícito adquirir bienes en tales condiciones, por ser humano que se procurará un beneficio personal en detrimento del dueño de la cosa.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 110.

Por estas mismas causas habrá que estimar que el contrato consigo mismo se prohibe, cuando comparezca el representante con tal carácter y en nombre propio, pero será lícito cuando una persona funja a la vez como representante de otra y haciendo uso de tal carácter venda en nombre de una y compre en representación de la otra. Habrá que estimar, en términos generales, que en este último caso no habría razón para que ese representante prefiriere a uno de sus representados. Por esto el artículo 2280 sólo prohibe que el representante compre para sí los bienes de cuya venta o administración se haya encargado.

f).—Finalmente, prescribe el artículo 2281 que: "Los peritos y los corredores no pueden comprar los bienes en cuya venta han intervenido". Creemos que por las razones expuestas al comentar los artículo 2276, 2280, la nulidad debe ser absoluta, ya que también existen los mismos motivos de ilicitud que hemos analizado en los casos anteriores; pero este criterio general creemos que pueda, según las circunstancias del caso concreto, sufrir una rectificación, cuando el posible afectado ratifique la venta porque efectivamente convenga así a sus intereses, siempre y cuando no se trate de incapaces o de ausentes.

8.—*Formalidades que deben observarse en la celebración de las compraventas.*—Rigen esta materia los artículo 2316 a 2322 del Código Civil vigente, así como los artículos 91, 95 y 13 transitorios de la Ley del Notariado para el D. F., del 28 de marzo de 2000. "Art. 91.—A partir de la fecha en que se asiente la razón a que se refiere el artículo anterior, el notario dispondrá de un plazo máximo de cuatro meses para encuadernar la decena de libros y enviarla al Archivo, el que revisará solamente la exactitud de la razón a que se refiere dicho artículo, debiendo devolver los libros al notario dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de entrega, con la certificación de cierre de Protocolo correspondiente, de lo que el Archivo informará al colegio." "Art. 95.—El notario deberá guardar en la notaría, la decena de libros durante cinco años, contados a partir de la fecha de la certificación de cierre del Archivo a que se refiere el artículo 91 de esta ley. Dentro de los diez días hábiles siguientes a la expiración de este término, los entregará al citado Archivo junto con sus apéndices

para su guarda definitiva, de lo que el notario informará al colegio." (La citada ley vino a modificar los artículos 2316 y 2317 que se refieren a la compraventa, así como otros preceptos del Código Civil).

En rigor puede decirse que el artículo 2316 al estatuir que: "El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble", no sufrió modificación alguna al consagrar el principio general de que la venta de bienes muebles es un contrato consensual, es decir, que para su validez no requiere formalidades especiales, en tanto que la venta de bienes inmuebles es siempre formal, pues para su validez debe constar por escrito, bien sea en documento público o en documento privado, según el valor del precio. A este respecto el artículo 2317 dispone: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

"Los contratos por los que el Gobierno del Distrito Federal enajene terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos, hasta por el valor máximo a que se refiere el párrafo anterior, podrán otorgarse en documento privado, sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas.

"En los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Gobierno del Distrito Federal sobre inmuebles de propiedad particular, cuyo valor no rebase el que señala el primer párrafo de este artículo, los contratos que se celebren entre las partes, podrán otorgarse en las mismas condiciones a que se refiere el párrafo anterior.

"Los contratos a que se refiere el párrafo segundo, así como los que se otorguen con motivo de los programas de regularización de la tenencia de la tierra que realice el Gobierno del Distrito Federal sobre inmuebles de propiedad particular, podrán también otorgarse en el protocolo abierto especial a cargo de los notarios del Distrito Federal, quienes en esos casos reducirán en un cincuenta por ciento las cuotas que correspondan conforme al arancel respectivo." G.O.DF., 25 de mayo de 2000.

Actualmente el artículo 78 de la Ley del Notariado aludida, dispone lo siguiente: "Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal".

Conforme al Artículo 2320 del Código Civil: "Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317".

Hechas estas aclaraciones debe decirse que tratándose de bienes muebles la compraventa es un contrato consensual.

Francisco Degni, La Compraventa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 52 y 53.

En el artículo 2321 se regula una forma especial para los bienes ya inscritos en el Registro Público y cuyo valor no exceda de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario en el momento de la operación, *siempre y cuando la venta sea al contado,* pues permite tal precepto que se trasmita el dominio haciéndola constar por escrito en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes. La constancia de la venta será ratificada ante el registrador quien tiene obligación de cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las firmas.

En el artículo 2322 del Código vigente se reglamenta lo relativo al registro de la venta de bienes raíces, disponiendo que la misma no producirá efectos contra tercero sino después de que sea registrada en los términos prescritos por el mismo código. Aun cuando dicho precepto se encuentra en el capítulo denominado: "De la forma del contrato de compraventa", es evidente que el registro no puede referirse a una formalidad en cuanto a la validez del acto mismo, sino a un requisito para su oponibilidad respecto a los terceros. Por esta razón, aun cuando la venta no se registre, no por ello deja de ser válida o se afecta en lo más mínimo su validez. Simplemente conforme al Artículo 3011, sólo producirá efectos entre comprador y vendedor, pero no podrá perjudicar a tercero el cual sí podrá aprovecharse en cuanto le fuere favorable. Es decir, habrá una inoponibilidad, pero no una nulidad de la venta. Además, el tercero a que se refieren los artículos 2322 y 3011 mencionados, o sea el tercero para los efectos del registro, no es todo aquel que no sea parte contratante, es decir, un tercero en términos generales, sino aquel que tenga adquirido algún derecho respecto al inmueble mismo y de acuerdo con las constancias de Registro Público de la Propiedad, como ocurre con todos aquellos que tengan derechos reales inscritos o embargos registrados. En consecuencia, todos los terceros que no tengan esa clase de derecho sobre el inmueble, como son por ejemplo los acreedores quirografarios, no podrán invocar los artículos mencionados, pues respecto a ellos sí producirá efectos la venta antes de su registro. La razón fundamental radica en

que la institución del Registro Público de la Propiedad se ha creado para proteger y establecer seguridad respecto de todos aquellos que tengan derechos registrados sobre los bienes inmuebles y, excepcionalmente, respecto de ciertos muebles, pero no para beneficiar o proteger a los terceros en general que no hayan adquirido tales derechos concretos.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 11 a 14.

Es así como, si un inmueble se vende, pero no se registra, los acreedores personales del vendedor, no podrán alegar que la venta no puede producir efectos en su contra, por el solo hecho de que siga la cosa figurando a nombre del vendedor en el Registro, pues no habiendo adquirido tales acreedores un derecho específico sobre el inmueble, debidamente registrado, tendrán que estar y pasar por la venta ya consumada, dado que el bien salió del patrimonio de su deudor, dejando así de responder frente a tales acreedores, dados los términos del artículo 2964, conforme al cual: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables". En cambio, si antes de la venta un acreedor personal hubiese registrado su embargo, se convertirá por ese solo hecho en tercero para los efectos del Registro y, por lo tanto, no podrá perjudicarle la venta que después hiciere su deudor, lo que significará que el comprador tendrá que soportar el gravamen, de la misma suerte que si se tratare de una hipoteca o de una prenda ya registrada.

Jurisprudencia Definida hasta la fecha

9.—*Acción de retracto y derecho del tanto.*—Tratándose de la enajenación que uno de los copropietarios hace en favor de un tercero extraño a la comunidad, se pueden presentar dos situaciones: cuando la venta está simplemente propalada y cuando está consumada. En el primer caso los copropietarios pueden ejercitar el derecho del tanto, que implica una venta directa del copropietaorio enajenante en favor del que ejercita el tanto, en los términos del contrato propalado con el tercero; mientras que en el segundo caso, los copropietarios preteridos pueden ejercitar el derecho de retracto, por medio del cual el copartícipe actor se subroga en todos los derechos y obligaciones del comprador. (Ultima compilación editada en 1965, Cuarta parte, Vol. I, tesis 2, pág. 20).

10.—*Derecho de preferencia a los arrendatarios en caso de venta. La omisión del aviso no acarrea la nulidad del contrato de compraventa celebrado con terceras personas. (Legislación del Estado de Morelos).*—

Aún en el supuesto de que los quejosos, en su calidad de arrendatarios, tuvieran derecho preferente respecto de la compra del inmueble que poseen en arrendamiento, de acuerdo con la legislación del Estado de Morelos, el hecho de que no se les haya dado el aviso correspondiente no acarrea la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre los ahora tercero perjudicados, pues éste debe considerarse válido, por lo que, en tal caso, sólo tendrían derecho al pago de daños y perjuicios originados por esa omisión, de acuerdo a lo que dispone el artículo 2488 del Código Civil de dicho Estado.

Amparo directo 5415/79.—Francisco Morales Farjat y otros.—31 de julio de 1980.—5 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.—Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 33. Pág. 39.

11.—*Derecho del tanto, casos en que no se viola el.*—La orden para sacar a remate el cincuenta por ciento de los derechos de propiedad sobre un inmueble, no viola en perjuicio del copropietario el derecho del tanto a que se refiere el artículo 2692 del Código Civil del Estado de Puebla, por el hecho de que la parte alícuota sujeta a remate haya sido valuado en un precio superior al que según el quejoso tiene, toda vez que éste puede intervenir en la almoneda haciendo valer su preferencia como si se tratara de una compraventa.

Amparo en revisión 899/80.—Antonio Carrasco Cortés.—14 de octubre de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Carlos Bravo y Bravo.—Secretario: Miguel Sánchez Zavaleta.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Núm. 6. Pág. 237.

12.—*Derecho del tanto, requisitos que debe cubrir el arrendatario para gozar del. (Legislación del Estado de Morelos).*—La Sala está en lo correcto al señalar que, para que un arrendatario pueda gozar del derecho del tanto, en el caso de compraventa, debe cubrir los siguientes requisitos: 1.—Que el arrendamiento haya durado más de cinco años; 2.—Que el arrendatario haya hecho mejoras de importancia en la finca arrendada; 3.—Que esté al corriente del pago de las rentas y 4.—Que ejercite ese derecho en el término de diez días; todo ello, según lo disponen los artículos 2648 y 2487 del Código Civil del Estado de Morelos. Además, está obligado a pagar el precio que el comprador propusiere, al ejercitar el derecho del tanto correspondiente.

Amparo directo 5415/79.—Francisco Morales Farjat y otros.—31 de julio de 1980.—5 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 32. Pág. 38.

CAPITULO V

OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

1.—*Enumeración.*—Siendo el contrato de compraventa de carácter bilateral, impone obligaciones al vendedor y al comprador.

Las obligaciones del vendedor son las siguientes:

a).—Transferir el dominio de la cosa.

b).—Conservar la cosa o custodiarla entretanto se entrega.

c).—Entregar la cosa.

d).—Garantizar una posesión útil.

e).—Garantizar una posesión pacífica, es decir, responder a los actos jurídicos de terceros que afecten la posesión.

f).—Responder a la evicción.

g).—Pagar por mitad los gastos de escrituras y registro.

h).—Cubrir por mitad el impuesto del Timbre.

Louis Josserand, Derecho Civil, t. II, v. II, pág. 58.

2.—*Transmitir el dominio de la cosa.*—Ya con anterioridad estudiamos detalladamente la obligación que tiene el vendedor, consistente en transmitir el dominio del bien enajenado, pues al propio tiempo implica un elemento de definición del contrato de compraventa, que como ya hemos explicado caracteriza en nuestro derecho a la citada operación, siguiendo en esto la evolución que se operó en el derecho francés a partir del Código Napoleón, al separarse del derecho romano.

Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. V, pág. 55. Messineo, ob. cit., t. V, pág. 56.

3.—*Venta de cosa ajena.*—Como cuestión importante relacionada con la obligación que tiene el vendedor de trasmitir el dominio de la cosa, se plantea el interesante problema relativo a la venta de cosa ajena.

Los preceptos que en nuestro Código Civil vigente regulan esta cuestión jurídica, dicen así:

"Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad". (Artículo 2269).

"La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe". (Artículo 2270).

"El contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evic-

ción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida" (Art. 2271).

El primer problema que surge respecto a la venta de cosa ajena, consiste en determinar si el contrato es nulo o bien, si sólo debe rescindirse por incumplimiento de la obligación que contrajo el vendedor para trasmitir el dominio.

La tesis de la nulidad es la que consagra expresamente el artículo 2270 que ya hemos transcrito, por lo que surge la cuestión relativa a determinar si se trata de una nulidad absoluta o relativa.

En nuestro derecho, quienes se han ocupado de este problema, tanto en la cátedra como en el ejercicio profesional, o en los criterios sustentados por jueces, magistrados o ministros de la Suprema Corte de Justicia, se desprende la tendencia a considerar que la venta de cosa ajena está afectada de una nulidad relativa, en virtud de que el artículo 2271 permite la revalidación de la misma, si antes de que tenga lugar la evicción, adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo la propiedad de la cosa vendida. Se razona al efecto en el sentido de que sólo la nulidad relativa puede confirmarse, pues la absoluta por disposición expresa del artículo 2226 no es susceptible de confirmación.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, Los Contratos Civiles, págs. 42 a 45.

En nuestra opinión, la revalidación a que se refiere el artículo 2271, no es la confirmación que la ley regula para convalidar los actos afectados de nulidad relativa y, por lo tanto, pensamos en contra de la corriente general, que en el caso se trata de una nulidad absoluta, fundándonos al efecto en las siguientes consideraciones.

En primer lugar la ley no habla de confirmación, sino de revalidación, lo cual jurídicamente es distinto. Además, la confirmación en los actos afectados de nulidad relativa supone que el perjudicado (incapaz, víctima del error, dolo, violencia, lesión o cualquiera de las partes en los casos de inobservancia de la forma), con conocimiento del vicio de nulidad, ratifica el contrato o el acto nulo, pero para ello se requiere además que haya cesado el vicio (incapacidad, violencia, error, dolo o lesión) o bien, que se observen las formalidades omitidas. Cumplidas estas condiciones, el acto nulo quedará convalidado. Tratándose de la venta de cosa ajena, es evidente que el perjudicado o sea el comprador, no podrá convalidar la operación por el solo hecho de que ratificase el acto, pues la venta seguiría siendo nula. Lo propio debe decirse respecto del vendedor. Es decir, la voluntad de ambas partes es totalmente inoperante para hacer válida una venta de cosa ajena, toda vez que dependerá

de un hecho muy distinto, como es la adquisición que por cualquier título legítimo hiciere el vendedor, la única que podría revalidar el contrato. Es importante hacer notar que en la nulidad relativa es la voluntad del *contratante perjudicado* la decisiva para convalidar el contrato. En cambio, en la venta de cosa ajena, la voluntad del comprador o del vendedor, aun cuando ratificasen la venta, resultará absolutamente ineficaz. Generalmente la revalidación dependerá de la voluntad de un tercero, como es el legítimo propietario de la cosa vendida, que unida a la voluntad del vendedor, podrá operar la transferencia del dominio en favor de este último, para así mediante venta, permuta, donación, transacción, etc., se logre el efecto de que aquel que indebidamente enajenó sin ser el dueño, se convierta en propietario de la cosa y de esta suerte desaparezca toda lesión al interés jurídico del que era legítimo dueño en el momento de la venta. Puede también convalidarse el contrato si el vendedor adquiere por herencia, prescripción positiva, accesión, adjudicación o por cualquier otro título legítimo la propiedad de la cosa vendida. En estos últimos casos, no será necesario que intervenga la voluntad del legítimo dueño. Ahora bien, nótese que en las distintas hipótesis que hemos planteado, es la revalidación consecuencia de un hecho o de un acto jurídico que no tienen por objeto confirmar la venta nula, es decir, no hay una manifestación de voluntad encaminada expresamente a darle validez a esa venta, como debe ocurrir en la confirmación que permite la ley en los casos de nulidad relativa por error, dolo, violencia, lesión, incapacidad o inobservancia de la forma. En nuestro caso, la revalidación opera incluso aun cuando el vendedor o el legítimo propietario no se propongan tal efecto, como ocurriría en el caso de que por herencia el primero adquiera la propiedad del segundo. Sería el caso de la venta que hiciera el hijo respecto a un bien del padre, si posteriormente al morir éste, aquél fuese su único heredero. Independientemente de la voluntad de ambos y aun a pesar de su voluntad, la venta quedaría revalidada.

Por otra parte, la confirmación de los actos afectados por una nulidad relativa, es permitida por la ley, en virtud de que sólo existe el interés del perjudicado por la nulidad, de tal suerte que si éste renuncia a impugnar el acto nulo y opta por aceptarlo a pesar del vicio respectivo, una vez que éste ha cesado, la ley no tendrá por qué seguir privando de efectos a ese acto. En cambio, tratándose de la venta de cosa ajena, existe no sólo un hecho ilícito, sino que se configura el delito de fraude en los términos del Artículo 386 del Código Penal vigente en el Distrito Federal. En consecuencia, hay una lesión a los intereses

generales de la sociedad y, por lo tanto, la voluntad de las partes contratantes o la del contratante perjudicado, como es el comprador, no podrá servir de base para convalidar el acto, pues lo ilícito seguirá siendo ilícito a pesar de su ratificación. Más aún, si ambas partes con conocimiento de que la cosa es ajena, ratificaren la venta, querrá decir que ya en una forma consciente y deliberada reinciden en el hecho ilícito, principalmente por parte del vendedor que estaría demostrando su deseo indebido de confirmar una venta de cosa ajena. Ver en sentido contrario a Planiol y Ripert.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. X, Los Contratos Civiles, págs. 38 y 39.

No sólo tiene un interés teórico llegar a la conclusión de que la venta se encuentra afectada de nulidad absoluta, por ser inconfirmable, sino que también se presentan consecuencias prácticas de verdadero interés. En efecto, la acción será imprescriptible y, además, no sólo podrá intentarla el comprador perjudicado, sino también todo tercero que tenga interés jurídico, especialmente el legítimo propietario. En cambio, si se aceptare la tesis de la nulidad relativa, que por desgracia parece dominar en nuestro ambiente jurídico, se llega a consecuencias peligrosas, como son las de que la acción de nulidad prescribirá en el término máximo que señala la ley, de diez años, por no existir un término especial y, además, el legítimo propietario no podría intentar dicha acción, por no ser parte contratante, como se requiere en todos los casos de nulidad relativa.

Por lo que se refiere a la prescripción, es evidente la conveniencia de que estando en presencia de un delito, no deba extinguirse la acción civil de nulidad por el transcurso de un cierto tiempo, sino que deberá mantenerse viva para que en toda época pueda hacerse valer, sin perjuicio de que el comprador llegue a adquirir la propiedad mediante la prescripción positiva.

En cuanto a la necesidad de que el legítimo dueño tenga también el derecho de intentar la nulidad, creemos conveniente que así se le reconozca, pues le será más fácil lograr la restitución de la cosa vendida por ese medio, y no por la acción reivindicatoria que en ocasiones le presentará dificultades en cuanto a la prueba.

José Arias, ob. cit., t. I, págs. 328 y 329.

Independientemente de la cuestión de nulidad que hemos analizado, algunos juristas han sostenido que la venta de cosa ajena no es propiamente un caso de venta nula, sino que en realidad motiva la rescisión

del contrato por incumplimiento de la obligación fundamental que le impone al vendedor, consistente en trasmitir el dominio de la cosa enajenada. Sabido es que en casos de incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato se motiva la rescisión del mismo, mas no su nulidad, pues sólo se rescinden los contratos que son válidos.

Los que piensan que estamos en presencia de un caso de rescisión, invocan precisamente el artículo 2271 que permite la revalidación de la venta, argumentando que ese fenómeno se produce debido a que cuando el vendedor adquiere por cualquier título legítimo la propiedad de la cosa de que indebidamente dispuso, es porque ya está en la posibilidad jurídica de cumplir su obligación fundamental o sea, transferir el dominio, lo que viene a confirmar que tal revalidación se opera no porque se haya purgado un vicio de nulidad, sino simplemente porque ya el vendedor reparó a tiempo la falta que había cometido al no haber cumplido desde un principio su contrato, en la inteligencia de que aun cuando se trate de un cumplimiento retardado, la ley le da el efecto de ser lo suficientemente eficaz para que ya el comprador no pueda provocar una controversia judicial exigiendo la rescisión del contrato que en estricto derecho sí estaba autorizado para pedir, toda vez que hubo un lapso entre el momento de celebración de la venta y el de la adquisición posterior de la cosa por el propio vendedor, que jurídicamente fue suficiente para haber exigido en el ínterin la rescisión del contrato.

En nuestro concepto no es verdad que la venta de cosa ajena sea un contrato válido, pero respecto del cual existe una imposibilidad de cumplimiento por parte del vendedor. Creemos que siendo ilícito vender lo ajeno, el contrato necesariamente es ilícito, tanto por ser esto evidente no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también moral, cuanto porque al vender lo ajeno se viola un precepto prohibitivo que en nuestro Código Civil se consagra en el artículo 2269 al decir: "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad". Ahora bien, si es evidente como lo es, que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas son nulos (Art. 8º) y, además, que es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Art. 1830), así como que "la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley" (Art. 2225), pensamos que en nuestro derecho positivo la verdad que se impone con carácter de indiscutible es la de que la venta de cosa ajena no es ni puede ser un contrato perfectamente válido, sino por el contrario un contrato nulo.

Además en la rescisión es una causa posterior al contrato, como

el incumplimiento, el caso fortuito, la fuerza mayor, la realización de la condición resolutoria, la que viene a privar de efectos a ese acto. En la venta de cosa ajena es evidente que la ineficacia del contrato proviene de una causa anterior a su celebración, como es el propósito ilícito de disponer de lo ajeno, cuyo propósito se realiza al celebrarse el acto mismo. Es decir, la causa es anterior o simultánea con el negocio jurídico, pero nunca posterior. Por el contrario, en todos los casos de rescisión de los contratos, según hemos explicado, las causas que regulan la ley son siempre posteriores al otorgamiento del acto, pues sólo así es posible que éste nazca y se forme válidamente, pero no obstante ello, por una causa posterior se le priva de efectos, debido a que no llegue a tener realización el vínculo obligatorio, bien por incumplimiento, es decir, por hecho imputable a una parte o a ambas, o bien, por circunstancias ajenas a la voluntad de los interesados, como serían el caso fortuito y la fuerza mayor.

4.—*Conservación de la cosa vendida.*—Es muy importante analizar esta obligación que tiene el vendedor y que consiste en conservar y custodiar debidamente la cosa enajenada entretanto la entrega al comprador, pues el presente análisis lo aplicaremos a todos los contratos en los cuales el deudor de la cosa debe conservarla durante cierto tiempo y, por lo tanto, incurrirá en determinada responsabilidad si falta en mayor o menor grado a ese deber jurídico.

Partiremos del siguiente principio fundamental: siempre que se custodia cosa ajena, el derecho exige una determinada diligencia en la custodia y conservación del bien, de tal suerte que si no se observa esa diligencia en el grado previsto por la ley, se incurrirá en culpa que a la vez puede presentar diferentes grados, es decir, ser grave, leve o levísima. A su vez, al incurrirse en alguna de esas culpas, existirá una mayor o menor responsabilidad a cargo del deudor frente a su acreedor. En consecuencia, todo caso de conservación y custodia de las cosas ajenas impone, por lo tanto, obligaciones al deudor de las mismas.

Ya hemos expuesto en el tomo III, que en el derecho romano se elaboró, según piensan los más autorizados romanistas, la teoría de las tres culpas, (grave, leve y levísima) que a su vez descansa en una doctrina sobre los tres grados de diligencia (mínima, media y máxima) en la conservación y custodia de las cosas ajenas y, por último, en los tres tipos de responsabilidad que en relación con tales culpas son a cargo del deudor.

Aplicando estas ideas generales al contrato de compraventa, esti-

mamos que de acuerdo con el artículo 2292 del Código Civil vigente, el vendedor debe custodiar la cosa entretanto la entrega, observando la diligencia media de un buen padre de familia, es decir, se le hace responsable de la culpa leve y de la culpa grave, como es evidente, en el caso contrario.

En el Código Civil de 1884 el artículo 1429 expresamente decía: "El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el Capítulo IV de este título".

En el artículo 2292 del Código Civil vigente ya no se emplea la expresión "buen padre de familia", pero por su sentido mismo estimamos que se acepta la teoría romana de la culpa grave. En efecto, dice así: "Si el comprador se constituyó en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave". Es necesario interpretar lo que quiere decir el precepto cuando habla "del cuidado ordinario de conservar la cosa", así como de que el vendedor quede descargado de esa obligación "y solamente responderá del dolo o de la culpa grave", cuando el comprador incurra en mora de recibir.

Para nosotros deben distinguirse dos etapas: la primera comprende la época anterior al momento en que el comprador se constituya en mora de recibir, durante la cual el vendedor deberá observar esa diligencia media a que nos referíamos, que en el lenguaje del código significa tener el cuidado ordinario de conservar la cosa, incurriendo en culpa leve de no proceder en esa forma; la segunda etapa se inicia en el momento en el que el comprador se rehusa injustificadamente a recibir la cosa, es decir, incurre en mora. En esta segunda etapa, el vendedor queda descargado del cuidado ordinario de conservar lo vendido y sólo responde del dolo o de la culpa grave, lo que claramente nos está indicando que se exige sólo la diligencia mínima del hombre común y corriente.

De lo expuesto cabe inferir que aun cuando el Código Civil vigente ya no reproduzca el artículo 1429 del ordenamiento anterior, que de manera general se refería a las obligaciones de dar alguna cosa, imponiendo al deudor la obligación de conservarla con la diligencia del buen padre de familia, sin embargo, para la compraventa, empleando otros términos se llega al mismo resultado. En cuanto a otros contratos, el Código en vigor parte de un concepto distinto como es la

culpa en concreto, a efecto de requerir que el deudor observe la diligencia que acostumbra poner en sus propios negocios o en la conservación de sus cosas, sin hacerlas depender de un tipo abstracto de conducta, sino por el contario, del cuidado efectivo y real que cada hombre observa en sus propios negocios.

5.—*Entrega de la cosa vendida.*—En el Código Civil vigente, los artículos 2284 a 2292 regulan con bastante detalle la obligación que tiene el vendedor de entregar al comprador la cosa enajenada. Además, debemos aplicar las reglas generales que determinan la exactitud en los pagos por lo que se refiere al lugar, al tiempo, al modo y a la substancia, pues siendo la entrega de la cosa un verdadero pago que ejecuta el vendedor, es evidente que tendrán que aplicarse dichas reglas en todo aquello que no sufra alguna modificación específica para el contrato de compraventa.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, Los Contratos Civiles, págs. 66 y 67.

Desde luego, el artículo 2284 distingue la entrega real, jurídica o virtual de la cosa vendida, en los siguientes términos: "La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho. Hay entrega jurídica cuando, aún sin estar entregada materialmetne la cosa, la ley la considera recibida por el comprador. Desde el momento en que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario".

La doctrina distingue además la entrega simbólica y la entrega ficta. La primera existe cuando a través de un símbolo, como sería por ejemplo la entrega de las llaves de la bodega en donde se encuentren los objetos vendidos, el comprador se da por recibido de los mismos.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 132 y 133.

Propiamente no hay entrega material, sino que se recurre a una forma representativa de esa entrega para que produzca los mismos efectos jurídicos. Cuando la ley expresamente reconoce ciertas formas simbólicas de entrega, entonces podemos hablar ya de una entrega jurídica en los términos del artículo 2284, pues sin estar recibido el comprador materialmente de la cosa, la ley lo considera ya como si se le hubiese entregado. En cuanto a la entrega ficta es aquella que implica confe-

sión por parte del comprador para darse por recibido de la cosa aun antes de habérsele entregado. En la entrega virtual que define el artículo 2284 se dice que el comprador acepta que la cosa vendida quede a su disposición, pero no necesita confesar fictamente que ya la recibió.

Degni, ob. cit., págs. 304, 305, 306 y 307.

Para los efectos legales, la entrega real, jurídica o virtual produce la consecuencia muy importante de tener por individualizada la cosa vendida a efecto de que se trasmita el dominio al comprador, cuando se trate de bienes de una especie indeterminada. A este respecto, deben relacionarse los artículos 2014 y 2015 con el 2084. En el primero se dice que: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica estre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público". En el segundo de los preceptos invocados se agrega la siguiente distinción importante: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor". Solución distinta es la del derecho español, por cuanto que en él, la entrega de la cosa cierta tiene por objeto trasmitir la propiedad de la misma, sin que baste para tal efecto el simple contrato.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 134.
Messineo, ob. cit., t. V, pág. 75.

Las distintas formas de entrega que venimos analizando sirven de base para llegar a soluciones correctas en el importante problema de los riesgos, es decir, cuando la cosa perece estando aún en poder del vendedor, pues habrá que resolver si ya se había trasmitido el dominio al comprador, por tratarse de un bien determinado, o bien, si aún la propiedad pertenecía al vendedor, por tratarse de especie indeterminada, como dice el artículo 2015. Al efecto, si el comprador ya es el dueño de la cosa vendida, aun cuando ésta perezca en poder del vendedor, por caso fortuito o debido a fuerza mayor, será él quien sufra la pérdida, toda vez que expresamente el artículo 2017, fracción V, dice que: "Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 60.

6.—*El problema de los riesgos.*—Ya hemos explicado en el tomo III, al tratar el problema de los riesgos, que en nuestro derecho, cuando la enajenación recae sobre cosa cierta y determinada y ésta perece en manos del enajenante, es el adquirente como dueño de la misma, quien sufre la pérdida, debiendo pagar el precio o contraprestación que se hubieren pactado.

En la enajenaciones de alguna especie indeterminada, es decir de bienes fungibles o genéricos, el artículo 2015 dispone que la propiedad no se transferirá al adquirente sino hasta el momento en que dichos bienes se hagan ciertos y determinados con conocimiento de este último. Es por esto que con toda lógica el artículo 2017, al regular el problema de los riesgos, sólo se refiere a las obligaciones de dar cosa cierta que importen la traslación de la propiedad y, por lo tanto, la fracción V del mismo ya no podrá aplicarse, cuando se trate de bienes que no están individualmente determinados, a efecto de arrojar la pérdida sobre el adquirente o comprador pues en primer lugar el enajenante sigue siendo dueño de la cosa por lo tanto, no siendo aún dueño de la misma el adquirente, no podría sufrir su pérdida. En segundo lugar, los géneros o bienes fungibles nunca perecen, pues antes de su entrega real, jurídica o virtual, no están determinados y en esas condiciones existen aún en el patrimonio del enajenante como cosa que simplemente tenía asignadas in mente, para entregarlas al adquirente.

Enneccerus, ob. cit., t. II, págs. 31 y 32.

De lo expuesto se desprende que para los dos tipos de enajenaciones (sobre cosas ciertas y determinadas o sobre bienes fungibles o genéricos) es cierto el principio de que la cosa perece para su dueño, sólo que en el primer caso (cosa cierta) el dueño es el comprador o adquirente y, en el segundo (géneros), el dueño es el enajenante, antes de la entrega real, jurídica o virtual.

7.—*Exactitud en la entrega.*—Un cuestión importante en el estudio relativo a la entrega de la cosa vendida, se refiere a la exactitud en cuanto al tiempo, lugar, modo y substancia que como hemos explicado en el tomo III, al tratar del pago, rige en términos generales para todo tipo de cumplimiento de obligaciones, bien sean de dar, de hacer y de no hacer.

Por ahora nuestro problema se reduce a aplicar el principio de exactitud en el pago, a la obligación de dar que tiene el vendedor y que consiste en entregar la cosa vendida al comprador. Trataremos sucesiva-

mente las cuestiones jurídicas que se suscitan respecto a la exactitud en el tiempo, lugar forma y substancia.

8.—*Exactitud en el tiempo.*—La norma general para las obligaciones de dar está consignada en el artículo 2080 que dice así: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación".

Como normas especiales para la compraventa tenemos los siguientes preceptos:

Art. 2255.—"El comprador debe pagar el precio en los términos y plazos convenidos. A falta de convenio lo deberá pagar al contado. La demora en el pago del precio lo constituirá en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude".

Art. 2286.—"El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago".

Art. 2287.—"Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar al plazo convenido".

Art. 2294.—"Si no se han fijado tiempo y lugar (para el pago del precio), el pago se hará en el tiempo y lugar en que se entregue la cosa".

En consecuencia existen dos situaciones:

La primera se refiere al caso en que se señale plazo para dicha entrega, hipótesis que no presenta problema, pues se estará a lo convenido, aun cuando el comprador no haya pagado el precio, toda vez que el artículo 2286 sólo faculta al vendedor para no entregar, cuando el comprador no le pague, en la hipótesis de que no se haya señalado plazo para el pago, pues si se señaló y éste es posterior a la fecha de entrega de la cosa, ésta deberá hacerse el día fijado.

La segunda situación se presenta cuando no se señala un término para la entrega de la cosa vendida. Desde luego podría pensarse que la regla general del artículo 2080 regula expresamente la cuestión. Sin embargo, creemos necesario relacionar el citado artículo 2080 con los ar-

tículos 2255, 2286 y 2294, pues de ellos se desprenden a su vez las siguientes situaciones:

a).—En principio el vendedor no está obligado a entregar la cosa, si el comprador no le paga el precio, salvo que para liquidar éste se hubiese concedido un plazo.

b).—Conforme al artículo 2255 no existiendo convenio para el pago del precio, la venta deberá ser al contado, es decir, una vez que se pongan de acuerdo las partes deberán entregarse en el mismo acto la cosa y el precio.

c).—En consecuencia, si el comprador no pagare el precio en la venta que se considera al contado, por no haberse señalado plazo, la obligación de entrega de la cosa no podrá hacerse exigible por el solo hecho de que el comprador interpele al vendedor y dejare transcurrir el término de treinta días, conforme al artículo 2080.

d).—A su vez, el vendedor no podrá invocar el artículo 2080 para el caso de que no se señalare término para la entrega, alegando que aun cuando se le pague el precio, él goza de treinta días después de la interpelación, pues conforme al artículo 2255, la venta se estima al contado y, por lo tanto, ambas partes deberán entregarse respectivamente cosa y precio al quedar concluido el contrato.

e).—Puede ocurrir que se señale un plazo para entregar la cosa, sin señalar término para pagar el precio. En este caso la obligación del vendedor se hace exigible el día señalado, así como la del comprador, conforme al artículo 2294.

f).—Cabe también la posibilidad de que se señale plazo para el pago del precio, pero nada se diga en cuanto al día en que se entregará la cosa por el vendedor. Según los preceptos que venimos analizando y, especialmente de acuerdo con el artículo 2286, este último estará obligado a entregar la cosa antes de que se le pague el precio, pues así se desprende de la excepción expresa que consigna dicho artículo. Ahora bien, en el mismo no se resuelve en qué momento deberá el vendedor hacer la entrega, pues cabe la posibilidad de que sea inmediatamente al concluir el contrato, o treinta días después de la interpelación que le hiciere el comprador conforme al artículo 2080. Estimamos que como para esta hipótesis no cabría considerar que la venta se reputa al contado conforme al artículo 2255, para el efecto de que el vendedor entregue de inmediato la cosa, ésta será exigible treinta días después de la interpelación, por ser en este caso aplicable el artículo 2080.

9.—*Exactitud en cuanto al lugar.*—La exactitud en cuanto al lugar de entrega de la cosa vendida se rige en principio por el artículo 2291

que estatuye: "La entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado en el contrato, en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió".

En el artículo 2082 se contiene el principio general que rige la exactitud en cuanto al lugar en el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Este precepto dispone que: "Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos".

Para el caso especial de tradición de un inmueble o de prestaciones relacionadas con el mismo, el artículo 2083 establece la siguiente modalidad importante: "Si el pago consiste en la tradición de un inmueble o en prestaciones relativas al inmueble, deberá hacerse en el lugar donde éste se encuentre".

Atendiendo a las normas que anteceden, distinguiremos dos casos en cuanto al lugar de entrega de la cosa vendida:

a).—Cuando existe pacto expreso señalando un determinado sitio de entrega, no habrá problema, pues es evidente que el vendedor, como dispone el artículo 2291, deberá cumplir su obligación precisamente haciendo entrega en el sitio estipulado. Tratándose de la entrega de bienes inmuebles, es incuestionable que no tendría sentido convenir que la entrega deberá hacerse en un lugar distinto del de radicación de la cosa, pero podría admitirse que las partes pacten una entrega simbólica consistente simplemente en entregar las llaves de la finca, para cuyo efecto sí es posible señalar un lugar diferente del de radicación del inmueble.

Ya el Código vigente no reproduce el artículo 2852 del Código Civil de 1884, que dice así: "Si la cosa vendida es raíz, se dice entregada luego que está otorgada la escritura pública, o si no hay escritura luego que están entregados los títulos de la finca". Igual disposición contenía dicho ordenamiento en su artículo 2853 para los derechos pues declaraba lo siguiente: "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también para la traslación de los derechos". A este respecto, el citado Código anterior distinguía distinta forma para la entrega de los muebles, disponiendo en el artículo 2851 que : "Si la cosa vendida es mueble, se dice entregada cuando materialmente se pone en poder del comprador, o cuando se entregan a éste las llaves del lugar en que está guardada".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, Los Contratos Civiles, pág. 69.

No obstante que en el Código vigente ya no se reproducen los tres preceptos antes transcritos, creemos que deben reputarse como formas de entrega jurídica admisibles en la actualidad, pues consagran principios que han sido indiscutibles para la doctrina y la jurisprudencia. Especialmente siempre se ha considerado que los inmuebles se estiman ya entregados para los efectos legales, desde que se otorga la escritura pública respectiva, o en su defecto, los títulos de la finca.

b).—Cuando no exista convenio respecto al lugar de entrega de la cosa vendida, se dispone en el artículo 2291 que el vendedor estará obligado a entregar al comprador en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió. Este mismo principio se consagra también en el artículo 2083 respecto a los bienes inmuebles o a las prestaciones relacionadas con los mismos.

10.—*Exactitud en la substancia.*—En cuanto al principio de exactitud en la substancia conforme al cual el deudor debe entregar precisamente la cosa debida y no otra, tenemos como norma especial la del artículo 2288 en el sentido de que : "El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato". Esta regla se complementa con el principio general contenido en los artículos 2012, 2013 y 2016, que respectivamente dicen: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor". "La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso". "En el caso del artículo que precede (se hace aquí referencia al artículo 2015 que se refiere a especies indeterminadas), si no se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad".

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 150 y 151.

A través de las normas transcritas queda perfectamente redondeado el principio de exactitud en la substancia, para que el deudor tenga la obligación de entregar precisamente la cosa debida con sus accesorios, si es que se trata de bienes determinados. En los bienes genéricos o de especie indeterminada, deberán entregarse cosas de la especie y calidad que se hubiera pactado; a falta de convenio en cuanto a la calidad, se entiende que deberán entregarse cosas de mediana calidad.

En el caso especial de la compraventa, el artículo 2289 viene a precisar más el principio de exactitud en cuanto a la substancia, hacién-

dolo en los siguientes términos: "Debe también el vendedor entregar todos los frutos producidos desde que se perfeccione la venta y los rendimientos, acciones y títulos de la cosa".

Francisco Degni, La Compraventa, págs. 284 y 285.

11.—*Venta ad corpus y ad memsuram.*—Venta ad corpus es aquella en la cual se calcula el precio en forma alzada en función de la individualidad misma de la cosa, tomada en conjunto, sin referencia a una cierta unidad de medida. Venta ad memsuram es aquella en la cual el precio se determina proporcionalmente en función de una precisa unidad de medida (metro, litro, kilogramo, etc.).

"Se llama venta a medida la que tiene por objeto un determinado inmueble con la indicación de su medida y de un precio; el cual se establece a razón de un "tanto" por unidad de medida (ejemplo, mil liras por metro cuadrado, o cinco mil liras por metro cúbico).

Si la medida efectiva es inferior a la indicada en el contrato, el comprador tiene derecho a una reducción del precio, mientras que, si la medida es superior, debe abonar el suplemento del precio; pero dicho comprador puede separarse del contrato, cuando lo que exceda supere al cinco por ciento de la medida declarada (art. 1537)". (Messineo, ob. cit., t. V, pág. 95).

"Se llama venta ad corpus aquella en la cual se tenga en consideración un inmueble determinado (que es el objeto de la misma), considerando, no en su extensión sino como entidad (con referencia al "cuerpo" del inmueble); y el precio es global. Aquí, aun cuando se haya indicado la medida, el defecto o exceso sobre la medida es indiferente, siempre que no sobrepase el cinco por ciento en menos o en más de la extensión efectiva del inmueble indicada en el contrato (art. 1538, primer apartado).

Si debe pagar el suplemento de precio, porque la medida efectiva excede del cinco por ciento, el comprador tiene la facultad de separarse del contrato, cuando no quiera pagar tal suplemento (art. 1538, parágrafo).

En la venta ad corpus, las partes prescinden de la efectiva extensión del inmueble, puesto que lo toman en consideración por caracteres diversos de los de su extensión. Hay una especie de intuitus rei, por el cual, la extensión del inmueble es, hasta cierto punto, indiferente.

En los dos casos indicados (a y b), si el comprador ejercita el derecho de rescisión, el vendedor está obligado a restituir el precio y a

reembolsar los gastos del contrato (art. 1539)". (Messineo, ob. cit., t. V, pág. 95).

Conforme al artículo 2290: "Si en la venta de un inmueble se han designado los linderos, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que dentro de ellos se comprenda, aunque haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato". Este precepto se refiere a la venta *ad corpus*. En cambio, una definición de la venta *ad memsuram* es la del 1469 del Código Civil español, relacionado con el 1470.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 153.

Explica Manresa que en los casos en los que se haya fijado el precio de un inmueble tomando en cuenta cierta unidad de medida (metro cuadrado o hectárea), que es la llamada *venta ad memsuram*, un requisito formal (en nuestro Código Civil el artículo 3015) exige para el registro, que se determine la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles, por lo que la ley partiría de un dato deleznable, como sería la cabida total del predio, a efecto de obligar al vendedor a entregar todo lo que dentro de él se comprenda; de ahí que en los artículos 1469 y 1470 del Código español, el comprador podrá obtener una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, cuando hubiere menos superficie de la calculada dentro de los linderos pactados. En cambio, si resultare mayor tendrá la obligación de pagar el exceso de precio. Conforme a nuestro artículo 2290, no se parte de una unidad de medida, sino que se fija el precio en función de la cosa cuyos linderos se determinan (*venta ad corpus*) quedando obligado el vendedor a entregar todo lo que dentro de ellos se comprenda, aun cuando haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato. Esta idea la confirma el artículo 2261 al estatuir: "Si la venta de uno o más inmuebles se hiciere por precio alzado y sin estimar especialmente sus partes o medidas, no habrá lugar a la rescisión, aunque en la entrega hubiere falta o exceso". Relacionando ambos preceptos, se puede llegar a una conclusión semejante a la del derecho español, ya que sólo cuando por los términos del contrato se calculó el precio en función de cierta medida, entonces sí habrá lugar a la rescisión cuando hubiere falta o exceso, de manera que se pueda comprobar en forma indubitable que la voluntad de las partes no fue vender y comprar respectivamente en un precio alzado todo lo comprendido dentro de ciertos linderos, sino en función de una cierta medida cuyo valor se determina por unidad (metro o hectárea), designándose sólo los linderos como un dato de identificación, pero no con el propósito de que el precio resulte inalterable aun cuando haya más o menos unidades de las mencionadas en el contrato.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 156 a 165.

De todo lo expuesto se desprende que en materia de inmuebles existen dos clases de ventas: *ad corpus y ad memsuram*. Las primeras son ventas a precio alzado (artículos 2261 y 2290); las segundas, son ventas en las que el precio se fija en función de una nulidad de medida, siendo procedente la reducción o aumento de dicho precio o la rescisión del contrato, si hubiere falta o exceso.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 62 y 63.
Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 75 y 76.

12.—*Garantía de la posesión útil*.—El vendedor está obligado a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada. Se entiende por tales aquellas circunstancias no manifiestas, anteriores a la venta, que hacen impropia la cosa para los usos a los que normalmente se le debe destinar y que, de haber sido conocidos hubieran determinado que el comprador no celebrara la venta o bien, que hubiese pagado un precio menor. Por consiguiente, es necesario que los vicios sean anteriores a la venta, que hagan impropia la cosa para un uso, y que de haberse conocido no se hubiere celebrado el contrato o se hubiere ofrecido un precio inferior.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 82 y 83.

El comprador tiene dos acciones en este caso: 1) la acción rescisoria, llamada redhibitoria, y 2) la de reducción del precio, llamada también estimatoria o quanti minoris. Véase lo que sobre este tema hemos dicho en el tomo III.

El artículo 2142 del Código Civil vigente dispone que: "En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa".

El origen de la doctrina de los vicios ocultos se encuentra principalmente reglamentado en el derecho romano, como explica Manresa, a propósito de las ventas de animales. Todavía nuestros Códigos Civiles contienen numerosas reglas sobre el particular. El ordenamiento vigente consagra los artículos 2150 a 2155 a esta materia.

Enneccerus, ob. cit., t. II, págs. 49 y 50.

El artículo 2148 toma en cuenta el dato de la buena fe en el enajenante para no hacerlo responsable de los daños y perjuicios en el caso de rescisión, como ocurre conforme al 2145, si hubiere procedido de mala fe. En efecto, dice aquel precepto que si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado.

Todas las acciones a que nos hemos venido refiriendo (rescisoria y estimatoria, haya o no mala fe, en el pago de daños y perjuicios en el primer caso), prescriben a los seis meses contados desde la entrega de la cosa enajenada (artículo 2149), a diferencia de las acciones que otorgan los artículos 2138 y 2139, que prescriben en un año, cuando la finca que se enajenó se hallare gravada sin haberse hecho mención de ello en el contrato, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente. En este caso especial, la acción para pedir la indemnización correspondiente a gravamen, o para exigir la rescisión prescribirá como ya se ha dicho en el término de un año, que se contará, para la primera, desde el día en que se perfeccionó el contrato, y para la segunda, desde el día en que el adquirente tenga noticia de la carga o servidumbre. El análisis de estas acciones se hará en el número siguiente.

El enajenante no responde de los defectos manifiestos o de los que estén a la vista, ni tampoco de los ocultos, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debió fácilmente conocerlos. (Artículo 2143).

Mediante calificación pericial se determinarán los vicios de la cosa enajenada, su anterioridad o posterioridad a la enajenación y si por causa de ellos no puede destinarse la cosa a los usos para los cuales se adquirió. Es a cargo del adquirente la prueba de que el vicio ya existía al adquirirla, y no justificando este hecho, se juzgará que el vicio sobrevino después. Para el caso de que la cosa viciada sea de descomposición rápida, tiene obligación de avisar inmediatamente al enajenante, que no la recibe; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasionare. (Artículos 2156, 2157, 2159 y 2161).

En el caso de que la cosa perezca o mudarte de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía, el enajenante sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio, pagando los gastos del contrato, si procedió de buena fe por ignorar los vicios. Si los hubiere conocido, deberá además cubrir los daños y perjuicios causados al adquirente. (Artículo 2147). Aun cuando la cosa enajenada con vicios redhibitorios se perdiere por caso fortuito o por culpa del adquirente, tendrá éste el derecho de exigir la

reducción del precio en función de la naturaleza y magnitud del vicio. (Artículo 2160).

El derecho subjetivo de optar entre la acción rescisoria y la estimatoria no está sujeto a retractación, es decir, una vez hecha la elección por el adquirente, no puede desistirse de la acción intentada para ejercitar la otra, a no ser que consienta en ello el enajenante. (Artículo 2146). A este respecto cabe observar que las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe. (Artículo 2158).

13.—*Garantía de la posesión pacífica.*—La garantía de la posesión pacífica obliga al vendedor a responder de las perturbaciones que por hechos materiales o actos jurídicos suyos, anteriores a la venta, sufriera el comprador. Por consiguiente, aquél no está obligado a responder de las perturbaciones de hecho o simplemente materiales de tercero de que fuere víctima este último. Es lógico que una perturbación de hecho implicará un delito o un ataque de tercero ajeno a las obligaciones del vendedor, y el comprador tendrá sus acciones expeditas para poder repeler y contrarrestar toda agresión de hecho que se ejecute sobre el bien materia de la compraventa. En cambio, el vendedor sí tiene la obligación de garantizar una posesión pacífica al comprador, absteniéndose de perturbarlo mediante hechos materiales (perturbación de hecho) o respondiendo de sus actos jurídicos que se traduzcan o manifiesten en una perturbación o despojo de la cosa vendida, y cuyos actos jurídicos hayan tenido su origen con fecha anterior, simultánea o posterior a la venta.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, pág. 91.

De esta manera, el vendedor responde: 1.—De la enajenación de cosa ajena, de tal manera que si sufre evicción el comprador, quedará obligado al saneamiento. 2.—De los gravámenes ocultos, pues puede enajenar una cosa embargada, dada en prenda, hipoteca, anticresis, o gravada con usufructo, uso, habitación, servidumbre, y esos gravámenes pueden ser ocultos. Aun cuando es principio que tratándose de bienes inmuebles todos estos gravámenes deben inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que surtan efectos en perjuicio de tercero, de hecho puede ocurrir que por un informe defectuoso, el comprador que solicitó certificado de gravámenes no pudo conocer debidamente la situación jurídica del inmueble, y en este caso, además de la responsabilidad del vendedor que procedió de mala fe al ocultar los gravámenes, habría la responsabilidad del Director del Registro Público por dar

un certificado inexacto o falso. Pero independientemente de esta situación, aun cuando los gravámenes no estuviesen registrados podría haber perturbación en la posesión, como consecuencia de aquellos gravámenes constituidos y ocultos por no haberse registrado, y de esta suerte, el usufructuario o el acreedor prendario, podrían estar en posesión de la cosa, o existir una servidumbre no registrada, y después el comprador tener dificultades en el ejercicio pacífico de su posesión; necesariamente tendría que ventilarse en un juicio esta controversia entre el titular del gravamen no inscrito, pero con el goce total o parcial de la posesión, y el comprador que pretende esa posesión. La no inscripción del gravamen podría ser una excepción para que el comprador alegue que no le surte efectos en su perjuicio; pero no podría servir para despojar al poseedor de la detentación de la cosa, y conforme al artículo 16 de la Constitución, tendría que seguirse un juicio en contra de ese poseedor con gravamen no inscrito, para poder privarle de su posesión.

Aquí encontramos una perturbación jurídica, a diferencia de los casos antes enumerados; y todas estas molestias o perturbaciones en la posesión o en el dominio obligan al vendedor. Como implican un incumplimiento de su obligación de garantizar una posesión efectiva y pacífica, el comprador tiene dos acciones: 1) la de rescisión del contrato con el pago de daños y perjuicios, o 2) la de reducción del precio en atención a los gravámenes que afectan la cosa.

Francisco Degni, La Compraventa, págs. 312 a 314.

En materia de bienes muebles, es aún más factible la hipótesis expuesta de que la cosa puede ser dada en prenda, ser materia de usufructo, de alquiler, o en algunos casos, cuando se permite la hipoteca de bienes muebles, la cosa puede sufrir este gravamen, sin que haya una posibilidad de excepción, porque aun cuando tratándose de muebles identificables por marca y número, el Código Civil vigente permite la inscripción, sólo tratándose de la compraventa, no habría generalmente posibilidad de conocer la existencia de los gravámenes, porque aun cuando éstos fueran hechos en una entidad federativa, la cosa puede ser llevada a otro Estado, desconociéndose en éste qué gravámenes reporta.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 68 y 69.

14.—*Gravámenes ocultos.*—Dice así el artículo 2138: "Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el

que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen, o la rescisión del contrato". De acuerdo con este precepto, *gravamen oculto es el no declarado.* En consecuencia, si el gravamen aparece inscrito en el Registro Público de la Propiedad, *pero no se declara o manifiesta* en el contrato respectivo, es *indiscutiblemente un gravamen oculto* para los efectos claros y precisos del artículo 2138, por ser evidente la mala fe del enajenante al no declarar o denunciar la existencia del mismo, lo que jurídicamente equivale a ocultarlo, independientemente de que el adquirente tuviera la posibilidad de conocerlo, acudiendo al Registro Público de la Propiedad.

Degni, ob. cit., págs. 320 y 321.
Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral, t. III, pág. 48.

En concepto de Planiol, es obligación del enajenante declarar los gravámenes ocultos, aun cuando consten en el Registro Público de la Propiedad, pues debe proceder de buena fe manifestando la verdadera situación jurídica de la cosa. Por consiguiente, faltaría a la buena fe y, por lo tanto, incurriría en incumplimiento del contrato, si oculta esos gravámenes, bajo el pretexto de que el adquirente puede conocerlos si acude al Registro Público. En tal virtud, considera que, conforme al sistema del Código Napoleón y también de acuerdo con nuestro artículo 2138, que impone el deber de declarar todas las cargas o servidumbres, procederá la responsabilidad del enajenante, justamente porque el tercero opondrá su derecho al adquirente, sufriendo éste daños y perjuicios. De esta tesis se desprende que el carácter oculto de los gravámenes debe serlo en sentido material, tanto porque no sean visibles, cuanto porque no los declare el enajenante o transmitente del derecho real. De aquí que la publicidad del gravamen por su inscripción en el Registro no le priva de su carácter como gravamen oculto y, dentro de la buena fe que debe reinar en la celebración y cumplimiento de los contratos, arrojará responsabilidad civil sobre el enajenante. (Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, traduc. Cajica Jr., págs. 226 y 227).

Castán Tobeñas considera como requisito para que el gravamen sea oculto, que el mismo no conste en el Registro de la Propiedad, opinando que si apareciere, el adquirente estuvo en condiciones de conocer perfectamente el estado del inmueble, debiendo reportar el perjuicio consiguiente.

Borja Soriano se expresa así:

"Si al inscribirse la enajenación de la finca en el Registro Público existe una carga o servidumbre voluntaria no aparente, la cual no se ha inscrito en el Re-

gistro Público ni es conocida del adquirente, ese gravamen no puede producir efecto alguno contra el adquirente, como veremos al estudiar la institución del Registro Público, así es que no hay razón para que pueda exigir indemnización alguna al enajenante, o la rescisión del contrato en este caso". ("Teoría General de las Obligaciones", t. II, pág. 204, México, 1944).

Francisco Degni, ob. cit., págs. 322 a 324.

En nuestro concepto el problema que se plantea es más complejo y debe analizarse desde distintos puntos de vista:

1º Si el gravamen no aparece inscrito en el Registro Público de la Propiedad, en principio no será oponible al adquirente y, por lo tanto, al no sufrir éste ningún daño, nada tendrá que reclamar al enajenante del dominio o transmitente de un derecho real. Sin embargo, puede suceder que en el momento de la enajenación o trasmisión aun no se inscriba la carga o gravamen, pero exista ya, de tal manera que posteriormente se registren, respectivamente, esa carga y la enajenación o trasmisión del derecho. En esta hipótesis sí sería posible que se reúnan las dos condiciones indispensables para hacer responsable al que enajena:

a) La absoluta ocultación del gravamen tanto en sentido material, al no declararlo, como jurídico, por no constar en el Registro Público en el momento de la enajenación o trasmisión del derecho.

b) La posibilidad jurídica de que ese gravamen sea oponible al adquirente, por inscribirse con anterioridad a la enajenación o trasmisión. Evidentemente que en este caso no habrá duda para hacer responsable al transmitente del dominio o de un derecho real determinado.

2º Puede darse un segundo caso en el que sólo se perturbe la posesión de la cosa y no el dominio, por virtud de gravámenes ocultos en toda su integridad, es decir, que no sean aparentes y que tampoco aparezcan inscritos en el Registro Público. El titular de esos gravámenes podría perturbar al adquirente del derecho real sólo en la posesión de la cosa, lo que traería consigo una perturbación en el disfrute del derecho, según la naturaleza y grado del mismo. Los daños y perjuicios causados por esa perturbación serían imputables al enajenante.

3º Si el gravamen se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad, será oponible al adquirente del dominio o del derecho real transferido, pero estimamos que desde el punto de vista estricto del incumplimiento de los contratos, sí debe aceptarse la tesis de Planiol, considerando que existe mala fe en la ocultación del gravamen (máxime si se declara que la cosa está libre del mismo), siendo responsable el enajenante de esa ocultación, bien para que proceda la indemnización correspondiente, o la rescisión del contrato, a elección del adquirente.

Todo lo dicho hasta aquí se refiere al caso de trasmisión de derechos que recaen sobre cosas o bienes corporales; pero hemos aludido a la hipótesis de transferencia de derechos reales constituidos sobre bienes incorporales. En este nuevo aspecto del problema, no habrá perturbación directa en la posesión del bien sobre el cual recae el derecho, pero sí puede haber —por vía indirecta— consecuencias perjudiciales, sobre todo, cuando por actos jurídicos de tercero anterior a la trasmisión o enajenación, se impide el uso o goce pacífico de los derechos trasmitidos. Conviene recordar aquí que existe la posesión de las cosas, así como la posesión de los derechos. Para estos últimos tal posesión se manifiesta en el goce efectivo de los mismos. Ahora bien, si se trasmite, por ejemplo, un derecho real constituido sobre otro derecho, y por actos jurídicos de terceros anteriores a la transferencia, se impide el uso o goce del derecho trasmitido, evidentemente que el enajenante habrá faltado a la obligación de garantizar una posesión pacífica. La perturbación en el uso o goce del derecho equivale a la perturbación en su posesión, que, en último análisis, significa molestia en el disfrute de un bien, sin que la naturaleza corporal o incorporal del mismo altere las consecuencias jurídicas inherentes al incumplimiento del deber jurídico que se analiza.

15.—*Saneamiento para el caso de evicción.*—Ya en el citado tomo III, hemos hecho el estudio general de esta obligación, a propósito de todas las enajenaciones y, por consiguiente, sólo trataremos brevemente de ella en relación con la compraventa. Hay evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente de la cosa, por virtud de un derecho de tercero reconocido en sentencia ejecutoriada y anterior a la enajenación. Por consiguiente, la evicción supone:

a) Que haya habido una enajenación y, por lo tanto, sólo se da en las obligaciones de dar traslativas de dominio.

b) Que con anterioridad a la enajenación, un tercero sea propietario de la cosa, es decir, que se enajene un bien ajeno.

c) Que ese tercero obtenga sentencia que cause ejecutoria, en la que se reconozca su derecho de reivindicar la cosa.

d) Que el adquirente sea privado de la misma en forma total o parcial, por virtud de aquel derecho reconocido en sentencia ejecutoriada y que sea anterior a la enajenación.

Todos estos requisitos quedan especialmente determinados en la definición que nos da el Código en el artículo 2119:

"Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición".

En la ejecutoria pronunciada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en el amparo directo 6157/959, el 7 de septiembre de 1960, se exponen y comentan distintos conceptos que en la doctrina jurídica se han sustentado respecto de la evicción, para atribuirle bien un alcance restringido como privación que sufra el adquirente respecto al dominio de la cosa enajenada, o un alcance más amplio, a efecto de comprender también las perturbaciones que sufra en la posesión, o la pérdida de la misma, por virtud de una sentencia ejecutoriada en la que se reconozca un derecho de tercero anterior a la enajenación. En la misma ejecutoria se sustenta un concepto distinto de que hemos expuesto en el tomo III. La misma se aprobó por unanimidad de cuatro votos y fue ponente el Ministro Gabriel García Rojas.

Por el momento nos interesa sólo recordar que la obligación del vendedor, una vez que se priva al comprador de la cosa por evicción, consiste, si hay buena fe, en restituir el precio de la misma, los gastos del contrato si los hubiese hecho este último y los del juicio de evicción; si hay mala fe, en restituir, a elección del comprador, el precio que tuvo la cosa en el momento de la venta o el que tenga al realizarse la evicción, así como pagar los daños y perjuicios, además de los gastos hechos en el contrato y en el juicio de evicción.

Dice al efecto el artículo 2126: "Si el que enajenó hubiera procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción:

I.—El precio íntegro que recibió por la cosa;

II.—Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente;

III.—Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento.

(Hay dos juicios lógicamente: el primero de evicción, y el segundo, si el vendedor no paga voluntariamente, el de saneamiento, es decir, aquel que entabla el comprador para exigir al vendedor el pago de todas estas prestaciones. La responsabilidad del vendedor vendrá a agravarse entonces con los gastos del segundo juicio).

IV.—El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe".

(Generalmente se decide en el fallo que el que obtenga, debe pagar las mejoras útiles que se hubieren hecho).

Para el caso de mala fe, previene el artículo 2127: "Si el que enajena hubiere procedido de mala fe, tendrá las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes:

I.—Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción;

II.—Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa;

III.—Pagará los daños y perjuicios".

Puede renunciarse expresamente al saneamiento para el caso de evicción, y esta renuncia tiene dos interpretaciones en el derecho, según los términos en que se haga. Si es lisa y llana, se entiende que no se renuncia al precio, sino a todas las prestaciones accesorias. Se ha considerado por equidad, aunque parezca ilógico, que la renuncia del saneamiento no es al precio, sino a los daños, perjuicios y gastos accesorios originados con motivo de la evicción. Pero puede renunciarse de una manera absoluta, diciendo que en el caso de que el comprador sufra evicción, renuncia de manera total al saneamiento, porque acepta el riesgo consiguiente, entonces el comprador no tendrá derecho ni a la devolución del precio.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 194 y 195.

Artículo 2123: "Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena, entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126, fracción I, y 2127, fracción I; pero aun de esta obligación quedará libre, si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias".

De manera que es conveniente recordar este precepto cuando se quiera, por parte del vendedor, eludir totalmente la obligación de sanear. En este caso debe distinguirse: si renuncia totalmente al saneamiento en los términos del artículo 2123, aceptando el adquirente todos los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias, o si sólo se renuncia a las prestaciones accesorias; puede también quedar el enajenante liberado de esta obligación aparte de la manera ya dicha, o sea por convenio expreso, en los casos que enumera el artículo 2140: "El que enajena no responde por la evicción:

I.—Si así se hubiere convenido;

II.—En el caso del artículo 2123;

III.—Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción, lo hubiera ocultado dolosamente al que enajena;

IV.—Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena, o de hecho del que adquiere, ya sea anterior o posterior al mismo acto;

V.—Si el adquirente no cumple lo prevenido con el artículo 2124;

VI.—Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen, el negocio en árbitros sin consentimiento del que enajenó;

VII.—Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 71.

16.—*La privación de la cosa por evicción, puede presentarse también por vía reconvencional.*—Normalmente el comprador juega el papel de demandado en el juicio en el cual resulta vencido en cuanto a la propiedad de la cosa adquirida, sufriendo por consiguiente, la evicción; pero puede ocurrir que siendo demandante en una acción reivindicatoria o plenaria de posesión (publiciana en los términos del artículo 9º del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal) su contrario entable contrademanda o reconvención en cuanto al dominio de la cosa disputada y obtenga sentencia favorable, privando al comprador demandante de la misma, en esta hipótesis se cumplen los requisitos señalados por el artículo 2119 del Código Civil para que haya evicción, pues en definitiva y por sentencia ejecutoria, el adquirente de una cosa quedó privado de la misma, en razón de algún derecho anterior a la enajenación.

Manresa presenta algunos ejemplos en los cuales el comprador ha sido demandante, como cuando ejercita una acción reivindicatoria para privar de la cosa que compró a un tercero que previamente obtuvo sentencia favorable en un interdicto de retener o de recuperar la posesión, promovido en contra del mismo comprador. Dado que en los interdictos no se discute sobre la propiedad, puede ocurrir que si dicho tercero, estando en la posesión, fue perturbado o despojado por el comprador, venza a éste en cuanto a obtener la protección posesoria; pero después se discuta la propiedad en el juicio reivindicatorio que inicie el comprador. Si en este nuevo litigio el poseedor logra acreditar que tiene mejor título en cuanto al dominio, vencerá nuevamente al comprador, resultando éste privado de la cosa.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 188 a 192.

17.—*Casos en los que el derecho del tercero reivindicante puede ser posterior a la enajenación.*—La hipótesis más importante se presenta en el

supuesto de que un tercero adquiera por prescripción la cosa enajenada, habiendo comenzado su posesión antes de la venta, para consumarse después de ella. En la doctrina se dan dos soluciones: la de equidad, para otorgar la acción de saneamiento al comprador, si la prescripción se consumó poco tiempo después de la compra y la estrictamente legal, que niega tal derecho al adquirente, por estimar que le es imputable permitir que siga corriendo el término de prescripción, toda vez que estuvo en sus manos interrumpir ésta mediante la demanda reivindicatoria correspondiente. Creemos de mayor consistencia jurídica esta última solución, pues fuera del caso excepcional que impidiera al comprador interrumpir la prescripción, cuando ésta se consumare el mismo día de la venta o al siguiente, sí es lógico esperar de todo comprador la debida diligencia para exigir la entrega de la cosa en forma inmediata, cuando no se hubiere señalado un plazo y, por lo tanto, si no fuere puesto en posesión, por estar un tercero detentando el bien, quedará a su cargo formular demanda en su contra para interrumpir la prescripción. No obstante, en la realidad habrá que distinguir los casos que no supongan negligencia del adquirente, pues no siempre estará en condiciones de poder determinar si la no entrega de la cosa se debe a un incumplimiento del vendedor o al hecho de que un tercero la esté prescribiendo. Suele ocurrir que un simple poseedor derivado detente la cosa a nombre del vendedor, como mandatario, depositario encargado etc., y en tales condiciones el comprador no tendría por qué interrumpir prescripción alguna.

Francisco Degni, La Compraventa, págs. 314 a 316.
Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 71 y 72.

18.—*Evicción parcial y casos análogos.*—Conforme al artículo 2119 del Código en vigor, la evicción puede referirse a la privación total o parcial que sufra el adquirente respecto a la cosa enajenada. De manera especial el artículo 2134 prescribe que: "Cuando el adquirente sólo fuere privado por la evicción, de una parte de la cosa adquirida, se observarán respecto de ésta las reglas establecidas en este capítulo, a no ser que el adquirente prefiera la rescisión del contrato". Es decir, quedará a su elección ser indemnizado proporcionalmente al valor de la parte perdida por evicción, con el pago de los mayores gastos causados en el contrato, en el pleito de evicción y en el de saneamiento, así como con el valor de las mejoras útiles y necesarias que hubiese hecho en la parte que perdiere, o si lo prefiere, podrá exigir la rescisión de la venta, más el pago de daños y perjuicios que hubiere sufrido.

Manresa comentando el artículo 1475 del Código español estima que hay verdadera evicción en el caso de que el comprador sólo sea privado de parte de la cosa adquirida.

Francisco Degni, ob. cit., págs. 318 a 319.

La regla especial del artículo 2134 para la evicción parcial, se aplica también conforme al artículo 2135, cuando en un solo contrato se hayan enajenado dos o más cosas sin fijar el precio de cada una de ellas, y una sola sufriere la evicción. Si se opta por la rescisión en éste y en el caso anterior, el comprador deberá devolver la cosa al vendedor, libre de los gravámenes que le hubiere impuesto. Para el caso de mala fe del enajenante, habrá además la responsabilidad a su cargo por los daños y perjuicios causados al adquirente, conforme al artículo 2127, pudiendo reclamar el precio que pagó o el que tuviere la cosa al sufrir evicción.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 77 y 78.

19.—*Denuncia del pleito de evicción y responsabilidad del enajenante.*—Es obligación esencial del comprador para tener derecho al saneamiento, denunciar en tiempo oportuno el pleito de evicción al enajenante, según previenen los artículos 2124 y 2140 fracción V. Conforme a esta última disposición, el que enajena no responderá de la evicción, si no se le llama a juicio al tiempo de ser emplazado el comprador. El artículo 1495 del Código Civil de 1884 disponía: "El adquirente debe denunciar el pleito de evicción al que enajenó, antes del alegato de su derecho escrito o verbal que cierra la instancia si la cuestión fuere simplemente de derecho; o antes de recibirse el negocio a prueba en los casos en que ésta fuere necesaria". El Código vigente simplemente precisa en el artículo 2124 que: "El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó", agregando en el artículo 2128 que: "Si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna, o no alega, queda obligado al saneamiento en los términos del artículo anterior". Es decir, como si hubiere procedido de mala fe. De los preceptos transcritos y en relación con nuestro sistema procesal vigente, se desprende que el adquirente debe denunciar el pleito de evicción al enajenante, en tiempo hábil, es decir, para que pueda contestar la demanda y oponer excepciones, pues las pruebas sólo podrán rendirse, en relación con los puntos controvertidos, de lo contrario sería imputable al comprador la falta de defensa oportuna de la propiedad de la cosa vendida. Valverde

aclara la situación procesal de ambos demandados, estimando que el término para la contestación de la demanda para el comprador deberá quedar en suspenso, mientras no corra el que se señale por el Juez para que el vendedor a su vez conteste. (Valverde, ob. cit., págs. 335 y 336). Siendo en ocasiones difícil al adquirente denunciar el pleito al enajenante el mismo día en que se le ha emplazado, lo jurídicamente procedente será que pida al Juez en forma inmediata que se llame a juicio al vendedor, concediéndole a éste íntegro el término para contestar la demanda, pidiendo además que entretanto se suspenda el que se dio al demandado principal, pues la defensa de éste deberá depender de la del vendedor y en ocasiones será conjunta. Al efecto estatuye el artículo 657 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal: "El demandado debe denunciar el pleito al obligado a la evicción antes de la contestación de la demanda solicitándose del juez, quien según las circunstancias ampliará el término del emplazamiento para que el tercero pueda disfrutar del plazo completo. El tercero obligado a la evicción, una vez salido al pleito, se convierte en principal". A su vez el enajenante llamado puede pedir que se cite a juicio a los enajenantes anteriores, toda vez que dentro de la cadena de enajenaciones sucesivas cada enajenante asume las obligaciones de adquirente para denunciar el pleito, respecto de su causante anterior y éste las del enajenante para responder del saneamiento, pero esto deberá entenderse de persona a persona, es decir, el último adquirente no podrá reclamar del primer enajenante, saltando u omitiendo a los vendedores sucesivos, así como tampoco podrá concretarse a denunciar el pleito a aquél sin llamar a su vendedor inmediato.

Si el que enajena al ser emplazado, manifiesta que no tiene medios de defensa y consigna el precio, quedará libre de cualquier responsabilidad posterior a la fecha de consignación, lo mismo ocurrirá si reconoce el derecho del actor y se obliga a pagar al adquirente en términos de ley, pues entonces sólo responderá de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento. (Artículos 2132 y 2137). La obligación de pagar el precio se entiende con las demás prestaciones de gastos del contrato y responsabilidad por mala fe en su caso.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 92 y 93

20.—*Pago de la mitad de los gastos de escritura y registro.*—Final-

mente el vendedor debe satisfacer por mitad los gastos de la escritura y del registro. En esto deben distinguirse los gastos notariales de la misma, así como los que demande la inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Se trata de una disposición que es supletoria a la voluntad de las partes y, por consiguiente, renunciable. Dice al efecto el artículo 2263 del Código Civil: "Los contratantes pagarán por mitad los gastos de escritura y registro, *salvo* convenio en *contrario*". En el mismo sentido estatuía el artículo 2826 del Código Civil de 1884.

JURISPRUDENCIA DEFENDIDA HASTA LA FECHA

21.—*Evicción y saneamiento.*—La evicción es el desposeimiento jurídico que alguien sufre de una cosa que había justamente adquirido por título oneroso, o sea el abandono que dicho adquirente tiene que hacer de la cosa, en todo o en parte, por virtud de sentencia judicial dictada a instancia de quien resulte su legítimo dueño, en razón de algún derecho anterior a la adquisición; y el saneamiento es la obligación que se impone al que hizo la enajenación, de devolver al adquirente el precio de la cosa enajenada. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. II, tesis 187, pág. 587).

22.—*Evicción. Resolución presidencial datatoria de ejidos.* (*Legislación del Estado de Jalisco*).—En un contrato de compraventa de un predio rústico la vendedora debe responder de la evicción aun cuando no se obligue expresamente a ello, por disposición del artículo 2039 del Código Civil del Estado de Jalisco, que dice: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque no se haya expresado en el contrato". Si al efectuarse la venta ya existía resolución Presidencial dotatoria de ejidos que afectaba el predio materia de la misma, el vendedor debe responder de dicha afectación conforme determina expresamente el artículo 2038 del Código Civil mencionado, sino necesidad de tenérsele que "denunciar el pleito" puesto que la resolución pre-

sidencial no constituye resolución judicial, si además fue dictada y publicada con anterioridad a la compraventa.

Amparo directo 6382/77.—María del Carmen Hernández García Viuda de Sánchez.—23 de octubre de 1978.—5 votos.—Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 45.

CAPITULO VI

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

1.—*Enumeración.*—Las obligaciones del comprador son las siguientes:

1.—Pagar el precio.
2.—Pagar por mitad los gastos de escritura y registro.
3.—Pagar por mitad el impuesto del timbre.
4.—De carácter discutible, recibir la cosa.

2.—*Pago del precio.*—En cuanto a esta primera obligación rigen los mismos principios de exactitud que ya hemos estudiado para la entrega de la cosa; es decir, el precio debe pagarse en el tiempo, lugar, forma y modo convenidos; pero también existen normas supletorias de la voluntad de las partes cuando no se estipula en qué tiempo, lugar, forma o modo deberá pagarse el precio.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, traduc. de Cajica Jr., págs. 238 y 239.

En lo que se refiere al tiempo, si no hay convenio, se sobrentiende que es al contado. Pero a su vez, la entrega de la cosa y el pago del precio deben ser coexistentes; por consiguiente, el comprador no está obligado a entregar el precio, si no se le entrega la cosa, y debe en consecuencia retenerlo. Como un derecho correlativo del de retención de la cosa, se reconoce el de retención del precio.

En cuanto a la exactitud en el lugar, se plantea el problema de si

en el caso rige el principio general de que a falta de convenio el pago se hará en el domicilio del deudor, es decir, del comprador. Dispone al efecto el artículo 2082: "Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos". Manresa expone interesantes razones para derogar en la especie la citada norma general y, además trata del caso especial de la venta de géneros que se expiden en el domicilio del vendedor. Creemos aplicable a nuestro derecho tal opinión, pues de lo contrario habría una imposibilidad material para lograr la entrega simultánea de cosa y precio.

Por lo que se refiere a la exactitud en cuanto a la substancia, rige en esta materia el principio de que el vendedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta del precio en dinero; pero éste puede sufrir, por las disposiciones de la ley monetaria, que son de interés público, alteraciones en su valor, es decir, la ley monetaria puede derogar el principio de exactitud en la substancia, al permitir, como lo dice la ley vigente, y se dispuso desde el año de 1905, que todo pago en dinero se hará conforme a la moneda circulante y no a la convenida; que son nulos de pleno derecho los pactos en los que el deudor se obligue a pagar determinada especie de moneda, pues siempre tendrá el derecho de pagar en la moneda que tenga curso legal el día del pago.

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 275.

Lógicamente esto nos conduce a declarar que no hay exactitud en la substancia por lo que se refiere a la calidad de la moneda, y que puede haber una alteración de cuantía cuando, como ocurre en México, la moneda va constantemente perdiendo su valor intrínseco porque la liga sea cada vez inferior.

La exactitud en cuanto a la forma del pago obliga al comprador a pagar en una sola exhibición, de tal manera que no puede hacer pagos parciales; pero este principio es supletorio de la voluntad de las partes, por lo que si se ha convenido el pago en abonos, ese acto es válido, y veremos que una de las modalidades de la compraventa es la concertada a plazos, modalidad que no puede funcionar con la reserva de dominio entretanto no se satisfaga el precio; o que la venta puede ser pura y simple en cuanto a la trasmisión del dominio y sólo estar sujeta a la modalidad del plazo y a la forma parcial del pago en abonos.

3.—*Obligación de pagar intereses.*—Analizamos ya en qué casos deben pagarse intereses en la venta al contado cuando el comprador no entrega el precio. Indicamos que son tres: 1º—Cuando así se haya pactado; 2º—Cuando la cosa sea productiva de frutos o rentas; y 3º—Cuando el comprador se constituya en mora.

Estos tres casos están contenidos en el artículo 2296, que también es aplicable en las ventas a plazo cuando expresamente se estipulen intereses.

Artículo 2296: "El comprador debe intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, en los tres casos siguientes:

Manresa, ob. cit., t. X, pág. 277.

I.—Si así se hubiere convenido;

II.—Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta;

III.—Si se hubiere constituido en mora con arreglo a los artículos 2104 y 2105".

Los artículos 2104 y 2105 contienen las reglas generales del incumplimiento en las obligaciones de dar y de hacer, y recordemos que como principio fundamental, en nuestro derecho el día interpela por el hombre, es decir, que a la llegada del plazo se hace exigible la obligación y desde ese momento se causan intereses en las prestaciones en dinero, así como que si no se cumple, se incurre también en la obligación de pagar daños y perjuicios; pero éstos en las prestaciones en dinero no pueden exceder del nueve por ciento anual.

Planiol, ob. cit., págs. 240 y 241.

Para ventas a plazo sin estipular intereses, indicamos que la ley no permite que éstos se cobren durante el transcurso del término, en virtud de que se presume en forma absoluta, sin admitir prueba en contrario, que el vendedor calculó los intereses al conceder el plazo y aumentó proporcionalmente el precio; pero que esta presunción no opera cuando el plazo se concede después de haberse fijado el precio.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 279 y 280.

Artículo 2297: "En las ventas a plazo, sin estipular intereses, no los debe el comprador por razón de aquél, aunque entretanto perciba los frutos de la cosa, pues el plazo hizo parte del mismo contrato, y debe presumirse que en esta consideración, se aumentó el precio de la venta".

Artículo 2298: "Si la concesión del plazo fue posterior al contrato, el comprador estará obligado a prestar los intereses, salvo convenio en contrario".

Evidentemente que en estos casos ya no opera aquella presunción legal.

4.—*Pago de la mitad de los gastos de escritura y registro.*—Ya al tratar de la misma obligación que tiene el vendedor, indicamos que conforme al artículo 2263 que la estatuye para ambas partes, es posible estipular que dicho pago lo reporte totalmente cualquiera de los contratantes. La costumbre tanto en las ventas mercantiles como en las civiles, es la de que el comprador pague totalmente los gastos de escritura y registro.

5.—*Pago de la mitad del impuesto del timbre.*—Nos remitimos para el estudio de esta obligación, a lo expuesto respecto de la misma obligación del vendedor, recordando que el comprador debe pagar íntegramente el impuesto a que se refiere el inciso c) de la fracción VII de la Tarifa, más la mitad de los otros impuestos a que la misma se refiere.

6.—*Recepción de la cosa.*—Se plantea el problema de saber si el comprador está obligado a recibir la cosa, de tal manera que su incumplimiento origine la rescisión del contrato, o si en nuestro derecho vigente tiene sólo tal facultad, pero no el deber relativo, de tal manera que el vendedor no pueda rescindir el contrato cuando el comprador no acuda puntualmente a recibir la cosa.

"No es solamente una obligación para el vendedor, la de entregar la cosa vendida, es también un derecho para él el de efectuar la entrega, el de imponer al comprador la toma de dicha cosa; como es por otra parte un derecho para todo deudor el de liberarse en la época convenida". (Louis Josserand, Derecho Civil, t. II, v. II, pág. 87).

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 237.

Tradicionalmente, desde el Código Napoleón, se ha admitido que cuando el comprador no reciba la cosa mueble en la fecha convenida, el vendedor no sólo tiene el derecho de rescindir la venta judicialmente, sino que ésta queda resuelta de pleno derecho. En los Códigos de 1870 y 1884 existe el precepto, aplicable sólo a los bienes muebles, considerándose que el vendedor que no recibe el precio, porque no se ha recogido la cosa por el comprador, y que además tiene ocupadas sus bodegas con las cosas vendidas, sufre grandes perjuicios; que, por consiguiente, es conveniente que el vendedor pueda resolver de plano la venta, sin recurrir a juicio. Cuando se paga el precio, el comprador debe cubrir al vendedor el alquiler de las bodegas. Opinan los autores franceses que el artículo 1657 del Código Napoleón al prescribir que: "En materia de venta de géneros y efectos mobiliarios, tendrá lugar la resolución de la venta ipso jure y sin requerimiento en provecho del vendedor, después de la expiración del término convenido para retirarlos", es también aplicable en derecho mercantil, porque en relación al comercio se ha elaborado. Decía así el artículo 2900 del Código de 1884: "Respecto de bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho cuando el comprador, antes de vencerse el término fijado para la entrega de la cosa, no se ha presentado a recibirla, o habiéndose presentado no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, a no ser que para el pago de éste se hubiere pactado mayor dilación".

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 238.

El Código vigente no contiene ni la obligación de recibir la cosa, ni el derecho del vendedor para resolver de plano el contrato cuando el comprador no reciba, y sólo hay una disposición que dice que cuando el comprador incurra en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas o vasijas en donde se contenga lo vendido; es decir, ya no es en la actualidad obligación del comprador y, por tanto, ya no da lugar a una acción rescisoria del contrato, ni menos a una resolución de pleno derecho.

El precepto que impone sólo esta obligación del comprador de pagar el alquiler de las bodegas y que nos aclara la situación, dice así:

Artículo 2292: "Si el comprador se constituyó en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de las bodegas, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cui-

dado ordinario de conservar la cosa, y solamente será responsable del dolo o de la culpa grave".

Planiol, ob. cit., pág. 237.

Es decir, la consecuencia jurídica ya no es rescindir el contrato, sino descargar al vendedor del cuidado ordinario de conservar la cosa como buen padre de familia y convertirlo en depositario que sólo responde de la culpa grave.

CAPITULO VII

Garantías del Vendedor y del Comprador

1.—*Enumeración.*—El vendedor goza de las siguientes garantías para el caso de incumplimiento por parte del comprador:

1.—Un derecho de preferencia en cuanto al precio.
2.—Un derecho de retención respecto de la cosa.
3.—Una acción de cumplimiento, y
4.—Una acción de rescisión con pago de daños y perjuicios.

A su vez, el comprador está protegido frente al vendedor, para el caso de incumplimiento imputable a éste, con los siguientes derechos y acciones:

1.—Derecho de retención del precio, en ciertos casos.
2.—Acción de cumplimiento, y
3.—Acción de rescisión con pago de daños y perjuicios.

Planiol explica que es el vendedor el que necesita ser protegido frente al incumplimiento del comprador, pues generalmente entrega la cosa vendida antes de ser pagada. Sin embargo, también la ley protege al comprador para el caso de incumplimiento del vendedor, bien porque haya pagado el precio, sin haber recibido la cosa, caso en el cual se le otorgan a su elección, como en cualquier otro contrato, la acción de cumplimiento o la de rescisión, con el pago de daños y perjuicios en ambas

situaciones. También puede el comprador haber sido perturbado en la posesión de la cosa, o tener justo temor de serlo, hipótesis en la cual goza de un derecho de retención del precio, paralelo a aquel de que disfruta el vendedor para retener la cosa. Por lo que toca a este último, en nuestro derecho se otorga en lugar de la acción reivindicatoria, la rescisoria, para recuperar la cosa.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 243.
Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 93 y 94.

2.—*Derecho de preferencia.*—En las ventas a plazo o al contado, cuando el comprador no cubra el precio, el vendedor tiene, además de la garantía general sobre todos los bienes embargables del comprador, una garantía especial sobre los bienes vendidos para que su valor, en el caso de insolvencia, de quiebra, o de concurso de este último, se aplique al pago del precio. Esta garantía la encontramos precisamente en el título relativo a "la concurrencia y prelación de los créditos" que regula el Código vigente. Dice al efecto el artículo 2993: "Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente: "VIII.—El crédito que provenga del precio de los bienes vendidos y no pagados, con el valor de ellos, si el acreedor hace su reclamación dentro de los sesenta días siguientes a la venta, si se hizo al contado, o del vencimiento, si la venta fue a plazo. Tratándose de bienes muebles, cesará la preferencia si hubieren sido inmovilizados".

Planiol, ob. cit., pág. 245.

3.—*Derecho de retención de la cosa.*—De acuerdo con los artículos 2286 y 2287 del Código Civil vigente, el vendedor goza del derecho de retener la cosa en dos casos: a) Cuando el comprador no le haya pagado el precio en las ventas al contado; b) Cuando en las ventas a plazo, descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, a no ser que le dé fianza de pagar al plazo convenido. Planiol explica el fundamento de este derecho de retención del vendedor, en la naturaleza bilateral del contrato que supone cambio de la cosa por el precio o como dicen los autores causalistas (cuya teoría rechaza dicho autor) en los contratos bilaterales una parte se obliga a cambio de que la otra también se obligue. Es decir, aplicando este principio a la compraventa, diremos

que la causa de la obligación de entregar la cosa por parte del vendedor, consiste a su vez en la obligación de pagar el precio por el comprador. Capitant al exponer su punto de vista en su monografía (la causa en las obligaciones), considera que lo esencial no radica en que una parte se obligue a cambio de que la otra lo haga también, sino que una parte cumpla sobre la base de que la otra dé también cumplimiento a sus deberes jurídicos. Es decir, el vendedor entregará la cosa, si el comprador le entrega el precio y, por lo tanto, tendrá la facultad de retenerla, mientras el comprador no pague.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 63.

Debe entenderse que normalmente el derecho de retención funciona en las ventas al contado, toda vez que en las mismas simultáneamente se entregan respectivamente cosa y precio por vendedor y comprador, de acuerdo con el artículo 2294 que estatuye: "Si no se han fijado tiempo y lugar, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se entregue la cosa". En el supuesto de que si hubiere concedido un plazo para el pago del precio, en principio ya no funciona el derecho de retención, pues el vendedor quiso entregar la cosa antes de recibir el precio. Lo mismo debe decirse en las ventas al contado, cuando el vendedor se anticipa a la recepción del precio, haciendo entrega de la cosa, toda vez que no podrá ya tener algo que ya no se encuentra en su poder.

Aun cuando en las ventas a plazo no funciona por regla general el derecho de retención, por existir implícitamente una renuncia de esta facultad y, además una voluntad contractual en el sentido de que el vendedor habrá de entregar la cosa antes de recibir el precio, nuestro artículo 2287 consagra una excepción a esa regla general, para evitar el peligro en que se encontraría el vendedor que una vez ya celebrada la compraventa y antes de la entrega de la cosa, descubre que el comprador se encuentra en un estado real de insolvencia, pues entonces será evidente que de acuerdo con la misma intención de las partes y el principio que debe regir para la interpretación y cumplimiento de los contratos, fundado en la buena fe, no estará ya obligado a entregar la cosa a pesar del plazo concedido al comprador, a no ser que éste le dé fianza de que pagará al vencimiento del mismo.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 243 a 245.

4.—*Acción de cumplimiento del vendedor para exigir el pago del precio.*—Normalmente se trata de la acción más importante y usual

en las relaciones jurídicas que originan la compraventa, pues generalmente el vendedor opta por exigir el cumplimiento del contrato de acuerdo con el artículo 1949 del Código Civil vigente, más el pago de daños y perjuicios. Expresamente el artículo 2296 fracción III, faculta al vendedor para reclamar además los intereses moratorios con arreglo a los artículos 2104, 2105 y 2255.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 63.

5.—*Acción de rescisión del vendedor con pago de daños y perjuicios.*—El vendedor tiene como en cualquier contrato bilateral la acción rescisoria con pago de daños y perjuicios, en los casos de incumplimiento del comprador. Dicen así los artículos 2300 (regla especial) y 1949 (norma general): "La falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato aunque la venta se haya hecho a plazo; pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951". "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

Planiol, ob. cit., págs. 250 a 252.

Esta situación jurídica tiene consecuencias respecto de tercero, y tanto el Código de 1884, como el vigente, han reglamentado la rescisión de los contratos de compraventa de muebles y de inmuebles respecto a las partes y con relación a tercero. El vigente ha simplificado el sistema del anterior; dispone que las ventas al contado en materia de inmuebles, el vendedor puede exigir la rescisión del contrato aunque no exista pacto en ese sentido, cuando no se le cubra el precio; pero que para que afecte a los terceros sí es menester que el pacto conste en el contrato y haya sido inscrito en el Registro Público de la Propiedad; es decir, estamos en el caso en que el vendedor, por falta de pago al contado, exigirá la rescisión del contrato; esta rescisión procede respecto del comprador aunque no exista estipulación expresa. Este pacto se denomina comisorio, y en él se declara que si el comprador no paga el precio, se rescindirá el contrato.

Valverde, ob. cit., t. III, págs. 347 y 348.
Francisco Degni, ob. cit., págs. 274 y 275.

Para la compraventa a plazos, si el comprador no paga el precio, también el vendedor tiene el derecho de rescindir el contrato sin necesidad de estipular pacto comisorio, pero nuevamente se presenta, como en el caso anterior, la necesidad de que este pacto exista y se inscriba en el Registro Público para que surta efectos contra terceros.

Planiol, ob. cit., págs. 252 y 253.

El Código Civil de 1884, en materia de bienes inmuebles y para la venta al contado, tenía el mismo sistema; pero no permitía que en la venta a plazo, tratárase de inmuebles o de muebles, el vendedor pudiera rescindir el contrato. Se derogaban, siguiendo el Código español, las reglas generales de rescisión que en todo caso de incumplimiento funcionan para los demás contratos y se decía que en las ventas a plazo nunca tendrá lugar la rescisión del contrato; de tal manera que exclusivamente se otorgaba al vendedor la acción de cumplimiento. Decían así los artículos 2858 y 2899 del citado Código anterior: "Si la venta fuere hecha al fiado, podrá el vendedor exigir el precio con sus intereses en caso de mora; mas no podrá pedir la rescisión del contrato". "Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tendrá lugar la resolución del contrato, de pleno derecho, el comprador puede pagar aun después de expirar el término, ínterin no haya sido constituido en mora a virtud de un requerimiento; pero si éste se ha hecho, el juez no puede concederle nuevo término".

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 295 y 296.

En cambio, el Código vigente admite expresamente la rescisión para las ventas a plazo y, además la regla general para las ventas al contado.

Artículo 2300: "La falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato, aunque la venta se haya hecho a plazo; pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951".

Este artículo hubo de agregar "aunque la venta se haya hecho a plazo", para derogar la regla que era una disposición excepcional en el Código Civil de 1884. Los artículos 1950 y 1951 reconocen el efecto resolutorio de la venta respecto de tercero y la necesidad de inscribir el pacto comisorio. Se trata de preceptos que están en el capítulo denominado "De las obligaciones condicionales", y justamente el artículo anterior, el 1949 consagra la condición resolutoria tácita en todos los con-

tratos bilaterales para el caso de incumplimiento; pero es necesario agregar que para que esta condición resolutoria obre respecto de tercero es necesario que exista pacto expreso y debidamente registrado; y en las modalidades que reconoce el Código Civil vigente, el artículo 2310, en su fracción I, reproduce substancialmente para las ventas a plazo la misma disposición que para las ventas al contado contiene el artículo 1950.

Degni, ob. cit., págs. 267 a 278.

En cuanto a los muebles, el Código Civil vigente también regula una modalidad consistente en que si se trata de bienes susceptibles de una identificación absoluta, indubitable, generalmente por marca y número, como los automóviles, pianos, maquinaria en general, es posible registrar la cláusula rescisoria y en ese caso sí surtirá efecto contra tercero; pero en aquellos muebles en que no sea posible el registro, la rescisión no será oponible a tercero.

El sistema que introdujo el artículo 2310 es criticable desde el punto de vista de que el tercero de buena fe, puede quedar expuesto a una cláusula rescisoria inscrita en algún lugar de la República que él desconozca y, dada la posibilidad de que los bienes muebles sean trasladados de un lugar a otro, resultaría que para adquirir un automóvil o algún bien mueble de esa naturaleza, habría que investigar en todos los registros si existe o no cláusula rescisoria, porque si en alguna entidad federativa, en el Distrito Federal, existe inscrita esta cláusula, sería oponible al tercero (aun cuando el caso es discutible) a pesar de que de buena fe hubiese adquirido el bien mueble. En otras palabras, no se obtiene publicidad efectiva como en materia de inmuebles, en que es fácil ocurrir al Registro Público de la localidad en que se encuentran los bienes y cerciorarse si existe o no la cláusula rescisoria.

Degni, ob. cit., págs. 278 y 279.

6.—*Garantías del comprador para el caso de incumplimiento del vendedor.*—Indicamos ya que el comprador goza de las siguientes garantías, que son un correlato, con excepción del derecho de preferencia en cuanto al precio, de las que tiene el vendedor: a).—Derecho de retención del precio, en ciertos casos; b).—Acción de cumplimiento y c).—Acción de rescisión con pago de daños y perjuicios.

7.—*Derecho de retención del precio.*—Este derecho está consagrado por el artículo 2299 del Código Civil vigente. El comprador tiene la fa-

cultad de retener el precio si fuere perturbado jurídicamente en la posesión de la cosa o tuviere justo temor de serlo. Para que el comprador pueda retener el precio, las perturbaciones que sufra en la posesión deben ser jurídicas y no simplemente materiales, a no ser que se trate de ataques o molestias inferidos por el propio enajenante; es decir, los ataques de hecho que un tercero hiciere en la posesión, como es natural, ni son imputables al vendedor, ni tampoco alteran las obligaciones de éste en cuanto a la traslación del dominio y a la obligación de garantizar una posesión pacífica. El comprador tiene expeditas sus acciones como dueño de la cosa para defenderla y, también, si se trata de bienes raíces, tiene los interdictos; pero en cambio, una perturbación jurídica por derechos de tercero en relación con la cosa, anteriores a la venta, los cuales pueden derivar de un gravamen constituido, de una obligación real o de la constitución de un derecho real, faculta al comprador para retener el precio. Lo propio debe decirse si la perturbación es de orden material, pero proviene del mismo vendedor, quien por hechos ilícitos molesta o ataca al comprador en su posesión.

Planiol, ob. cit., pág. 241.

Pueden existir gravámenes ocultos o que por una omisión del Registro no se dieron a conocer en el certificado respectivo, o bien, tratándose de bienes muebles en donde no es posible un control efectivo y público de esos gravámenes, el comprador puede resultar perjudicado por la existencia de un embargo, de una prenda, o en algunos casos de hipoteca, cuando la ley permite constituir este derecho real sobre bienes muebles. En materia de inmuebles, pueden existir servidumbres no aparentes, o bien un usufructu, hipoteca o gravámenes en general no registrados, o inscritos en el Registro, pero no manifestados por el vendedor. El comprador en estos casos, no sólo está facultado para retener el precio, cuando sea perturbado jurídicamente por algún derecho de tercero anterior a la adquisición sino también cuando tenga justo temor de serlo; pero este temor debe fundarse en una situación objetiva y no simplemente en una creencia arbitraria o caprichosa del comprador. Se dice que hay un fundamento objetivo para considerar que existe justo temor, cuando descubre el comprador que hay un gravamen oculto, de tal manera que si no se ha llevado a cabo la perturbación es posible que en el futuro se realice. También cuando el vendedor declare falsamente que la cosa está libre de gravámenes y no obstante, aparecen éstos inscritos en el Registro, pues aun cuando pudo haberse cerciorado de ellos el adquirente, lo cierto es que el enajenante faltó al deber de probidad de declararlos y,

por lo tanto, al principio de buena fe que debe reinar en la celebración y cumplimiento de los contratos dando lugar así a la retención del precio.

El artículo 2299 supone además de la perturbación o del justo temor a ella, que no haya pacto en contrario y que el vendedor no haya dado fianza para responder. Si existiese pacto o si diere fianza, el comprador no podrá retener el precio.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 283 y 284.
Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 91 y 92.

8.—*Acción de cumplimiento del comprador.*—El comprador que ha pagado el precio tiene, conforme a las normas generales que ya hemos estudiado, la facultad de exigir al vendedor la entrega de la cosa. Nuevamente tiene aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1949, que faculta además para demandar daños y perjuicios por el retardo en dicha entrega. Si fuere imposible exigir ésta, por haber perecido la cosa, el comprador sólo tendrá la acción rescisoria, más la facultad de exigir una indemnización compensatoria por los daños y perjuicios causados, misma que aun cuando normalmente equivalga a la devolución del precio, podrá ser superior, si se demuestran daños especiales e incumplimiento imputable al vendedor. Conforme al estudio que hemos hecho de los artículos 2285, 2288, 2289, 2290 y 2291, el comprador al ejercitar la acción de cumplimiento por la no entrega de la cosa, está facultado legalmente para exigir: a).—El pago de los gastos de entrega (los de transporte sólo en el caso de convenio expreso a cargo del vendedor); b).—La entrega de la cosa en el mismo estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato; c).—Todos los frutos producidos desde ese momento, y los rendimientos, accesiones y títulos de la cosa; d).—Todo lo que contenga el inmueble cuyos linderos se hayan designado, aun cuando haya exceso o disminución en las medidas expresadas en el contrato y e).—Finalmente, que la entrega se haga en el lugar convenido, o en el lugar en que se encontraba la cosa al ser vendida, si nada se hubiese estipulado al efecto.

Cuando el vendedor antes de hacer la entrega hubiere enajenado la cosa, el comprador tendrá una acción reivindicatoria frente al tercero adquirente, la cual ya no podrá reputarse como acción de cumplimiento, pues no se intenta contra el vendedor, quien independientemente de que el comprador reivindique la cosa, deberá pagar a éste daños y perjuicios. En la hipótesis de ventas sucesivas, los artículos 2264 a 2266, disponen: "Si una misma cosa fuere vendida por el mismo vendedor a diversas personas, se observará lo siguiente". "Si la cosa vendida fuere

mueble, prevalecerá la venta primera en fecha; si no fuere posible verificar la prioridad de ésta, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa". "Si la cosa vendida fuere inmueble, prevalecerá la venta que primero se haya registrado; y si ninguna lo ha sido, se observará lo dispuesto en el artículo anterior".

9.—*Acción rescisoria del comprador, con pago de daños y perjuicios.*—Cuando el comprador no prefiera exigir el cumplimiento del contrato, en los casos en que el vendedor haya incurrido en mora respecto a la entrega de la cosa, o haya faltado a alguna de sus obligaciones, o bien, cuando exista una imposibilidad física o legal de cumplimiento (casos en los que la cosa haya perecido), está facultado para exigir conforme al artículo 1949, la rescisión del contrato, más el pago de daños y perjuicios. El Código señala los siguientes casos especiales de rescisión: a).—Cuando el vendedor presentare el acervo vendido como de especie homogénea y ocultare en él especies de inferior clase y calidad de las que están a la vista (artículo 2260); b).—Cuando la cosa tenga vicios redhibitorios (artículos 2142 a 2162); c).—Cuando el comprador sufra evicción (artículos 2119 a 2141); y d).—Cuando la finca vendida se hallare gravada con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente (artículo 2138).

CAPITULO VIII

Modalidades de la Compraventa

1.—*Sistema del Código.*—En el Código Civil vigente se estudian sólo algunas modalidades y por esto el capítulo respectivo se titula en esa forma: "De algunas modalidades del contrato de compraventa"; es decir, el legislador no ha querido agotar todas las que pueden existir y dentro del sistema de la autonomía de la voluntad, ha dejado a las partes el derecho de estipular otras modalidades, reglamentando sólo aquellas que ha considerado de fundamental importancia. Trataremos de aquellas a que se refiere la ley, siguiendo un orden distinto al del capítulo respectivo y clasificándolas en atención a su importancia. En tal virtud, estudiaremos primero la venta con reserva de dominio, que es seguramente la modalidad de mayor trascendencia.

2.—*Compraventa con reserva de dominio.*—La venta con reserva de dominio, como su nombre lo indica, está supeditada a una condición

suspensiva consistente en que la propiedad de la cosa no se transferirá al comprador, sino hasta que se realice un acontecimiento futuro e incierto, que consiste, según el Código Civil, generalmente, en el pago posterior del precio.

En la venta con reserva de dominio, no sólo cabe la condición suspensiva que fija el legislador, consistente en el pago ulterior del precio, sino que en rigor es posible supeditar la transferencia de la propiedad a cualquier otro acontecimiento futuro e incierto.

Degni, La Compraventa, págs. 162 a 167.

En el artículo 2312 se regula la compraventa con reserva de dominio, sólo para el caso de que entretanto no se cubra el precio, la propiedad no se trasmitirá al comprador; es decir, puede pactarse válidamente que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado.

Messineo, ob. cit., t. V, págs. 82 y 83.

Se discute a propósito de esta modalidad si no es contraria a la esencia misma de la compraventa. El derecho moderno ha aceptado la venta con reserva de dominio; pero todavía notamos en el Código Napoleón y en los Códigos de 1870 y 1884, silencio del legislador en cuanto a esta modalidad, lo que podía tener una doble interpretación: o que se dejaba a la autonomía de las partes afectar la compraventa a ese hecho o que no se permitía, y, por consiguiente, el legislador no la reglamentaba en virtud de que era contraria a la esencia misma del contrato.

Para la compraventa se razonó en el sentido de que era de la esencia de la operación transferir la propiedad, y que, por tanto, la reserva de dominio sería una cláusula contraria a la misma.

Degni, La Compraventa, págs. 225 a 227.

Posteriormente se ha sostenido la tesis de que es de la esencia de la compraventa transferir la propiedad, pero no es requisito indispensable que se opere en el momento mismo de la celebración del contrato, pudiendo depender de un término o de una condición. Se alteraría la esencia misma del contrato si no fuese posible ni en el presente, ni en el futuro, transferir la propiedad, porque entonces se estaría celebrando o un arrendamiento o cualquiera otra operación, pero de ninguna manera una compraventa.

Los derechos positivos nos demuestran que no siempre ha sido de la esencia de la compraventa transferir la propiedad en el momento en

que se celebra el contrato. Este en realidad es un principio que dimana del Código Napoleón, pero que no todos los derechos han seguido.

Degni, ob. cit., págs. 228 a 230.

La venta con reserva de dominio permite respecto de terceros, que la modalidad surta efectos siempre y cuando la cláusula aparezca inscrita en el Registro Público de la Propiedad, si se refiere a bienes inmuebles o a muebles susceptibles de identificación indubitable por marca y número. En cuanto a los muebles que no pueden identificarse, la reserva de dominio no surte efectos contra tercero.

Dice la segunda parte del artículo 2312:

"Cuando los bienes vendidos son de los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III del artículo que se acaba de citar, se aplicará lo dispuesto en esta fracción".

Dicha fracción dice que no surtirá efecto contra tercero la rescisión, y en el caso, la reserva de dominio, cuando se trate de muebles no identificables en forma indubitable.

Se presenta el problema para esta modalidad de determinar si durante el tiempo que está corriendo el plazo para el pago del precio, el vendedor que es aún dueño de la cosa, puede transferir su propiedad a otra persona, o bien, si le está prohibida toda enajenación, y en ese caso, si lleva a cabo una venta, qué clase de ineficacia afecta a la operación.

Previene el artículo 2313 que entretanto transcurra el plazo para el pago del precio, el vendedor no puede enajenar la cosa, y que se hará constar en la inscripción relativa, tratándose de inmuebles y de muebles identificables, la reserva de dominio, justamente para que los terceros conozcan la situación del bien y sepan que su dueño no puede enajenarlo; es decir, la modalidad no sólo es en protección del vendedor para que conserve la propiedad, sino también del comprador, para que se limite al dominio del vendedor y se le restrinja el *jus abutendi*. Como es una disposición prohibitiva, la venta que se haga violando ésta, estará afectada de nulidad absoluta, ya que la ley no ha dispuesto que sea relativa; pero la prohibición está subordinada al requisito de que la limitación del dominio se haga constar mediante una anotación al margen de la inscripción de propiedad. Si no se cumple este requisito, de tal suerte que el bien aparezca en el Registro Público sin limitación alguna, el tercero que lo adquiera, no sufrirá las consecuencias de la nulidad.

Conviene relacionar el artículo 2312 con el 2315, pues este último dice que cuando el vendedor entrega al comprador la cosa con reserva de dominio, el adquirente se considerará como arrendatario de la misma; pero esta es una disposición que sólo funciona como supletoria de la voluntad de las partes, de tal manera que las mismas pueden indicar en el contrato que el comprador tendrá el carácter de comodatario, de depositario, de mandatario, etc., para usar o custodiar la cosa.

Dice el artículo 2315: "En la venta de que habla el artículo 2312, mientras que no pasa la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa será considerado como arrendatario de la misma".

La Suprema Corte de Justicia, interpretando contratos con reserva de dominio en los que se decía, de acuerdo con el artículo 2315, que el comprador al recibir la cosa sería arrendatario, estimó en una ejecutoria que había una doble modalidad: compraventa con reserva de dominio como condición suspensiva, y arrendamiento bajo condición resolutoria consistente en el pago de cierto número de rentas; es decir, entretanto no se paga el precio hay una venta con reserva de dominio, sujeta a una condición suspensiva; pero como al mismo tiempo el comprador recibe la cosa como arrendatario, este contrato comienza a surtir sus efectos, pero depende de una condición resolutoria que consiste en el pago de "X" número de rentas. Cuando el arrendatario cumple dichas prestaciones, con el pago de la última, se resuelve el contrato de arrendamiento, y al mismo tiempo, se cumple la condición suspensiva de la que dependía la transferencia de la propiedad; sin embargo, esta interpretación dio lugar al siguiente problema: en los casos en que no se pagaba la totalidad de las rentas, qué efecto se producía respecto al precio. Por ejemplo, el comprador que era a la vez arrendatario pagaba sólo la mitad de las prestaciones periódicas; si se aceptaba que era un arrendamiento, aquellas prestaciones periódicas quedaban en poder del vendedor que era también arrendador; pero si se admitía que era una venta con reserva de dominio, según el artículo 2314, el vendedor debería restituir las prestaciones recibidas, con derecho a exigir una indemnización por el demérito de la cosa y una renta por el uso de la misma, prohibiendo este precepto que se impusieran prestaciones más onerosas al comprador. A su vez éste tendría derecho a que se le devolviesen las exhibiciones parciales del precio y el interés legal correspondiente a las mismas.

Dice el artículo 2314: "Si el vendedor recoge la cosa vendida porque no le haya sido pagado su precio, se aplicará lo que dispone el artículo 2311".

Este último artículo, redactado para la rescisión, previene: "Si se

rescinde la venta, el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización, también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa. El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó. Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas".

Del tenor de estos preceptos y tomando en consideración que el artículo 2315 reputa al comprador como arrendatario, se ha ensayado en la redacción de los contratos la siguiente cláusula para encajarla en los términos estrictos del artículo 2311: "Se estipula que el comprador, conforme al artículo 2315, será arrendatario; que si no paga determinado número de rentas, no adquirirá la propiedad, en tanto que si las cubre sí se le transferirá el dominio; en el caso de que hubiese entregado determinado número de rentas y no liquidase la totalidad de ellas, de antemano se conviene en que esas rentas sirvan de compensación en los términos del artículo 2311, por el demérito de la cosa y por el alquiler de la misma, de tal suerte que el comprador está conforme en perder las prestaciones que hubiese entregado no a título de precio, sino a título de una reparación por el demérito y el alquiler".

¿Será válida esta cláusula desde el punto de vista de la equidad y de la finalidad que se propuso el legislador al decir en la parte final del artículo 2311 que "las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas?" Ello depende del número de rentas que hubiese entregado el comprador. Evidentemente que si sólo entrega la primera renta, el vendedor no quedará resarcido; habrá tenido los perjuicios consiguientes a una venta que no se pudo realizar y el comprador habrá demeritado la cosa en tal forma, por el solo hecho de haberla usado cierto lapso, que el pago de la primera prestación no le vendría a resarcir los daños que hubiere sufrido el vendedor; pero supóngase que paga hasta la penúltima prestación, y que incurre en mora en la última, evidentemente que en este caso sería injusto que el vendedor recobrase la cosa, y se quedara con todas las prestaciones pagadas, a título de reparación.

Funciona aquí el principio general de que no sólo deben ser cumplidos los contratos sólo en los términos expresamente pactados, sino de acuerdo con el principio de buena fe. Indiscutiblemente que en nuestro derecho existe todo un sistema de equidad, de buena fe, de probidad en

el cumplimiento e interpretación de los contratos y el juez podrá, a pesar de lo que hayan pactado las partes, considerando que es una consecuencia derivada de la buena fe y del espíritu del artículo 2311, señalar una reparación equitativa, que fijarán peritos según el uso y demérito de la cosa, para restituir al comprador las prestaciones que excedan del valor de esa reparación.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 237 y 238.

3.—*Venta en abonos.*—La venta en abonos transfiere el dominio de la cosa. Puede relacionarse esta modalidad consistente en pagar el precio en partidas parciales con la reserva de dominio, aunque ésta no supone necesariamente una venta en abonos. Generalmente el precio, cuando se estipula la reserva de dominio, sí se paga en abonos, pero puede pactarse que la totalidad del precio se cubrirá en cierta fecha y que la propiedad no se transferirá sino hasta que se page íntegramente ese precio.

En la venta en abonos sin reserva de dominio, la modalidad sólo consiste en que el precio se va cubriendo en exhibiciones periódicas, y por esto normalmente esta venta se combina con el pacto comisorio, es decir, con una cláusula de rescisión del contrato para el caso de incumplimiento. Dicho pacto supone necesariamente que se ha trasmitido el dominio, y por esto es menester prever la posibilidad de que en el caso de incumplimiento, surta efectos en contra de tercero, tratándose de bienes inmuebles, mediante la inscripción relativa de la cláusula, en el Registro Público de la Propiedad, o de muebles identificables, cuando también se haga la inscripción de esa cláusula. De aquí se desprende que no puede combinarse la venta en abonos con pacto comisorio, con la reserva de dominio, porque serían dos modalidades contradictorias. El pacto comisorio supone que se ha trasmitido la propiedad, pero que de no pagarse el precio, el vendedor podrá recobrar la cosa inclusive contra tercero, cuando se hubiere inscrito la cláusula rescisoria; es decir, la venta en abonos con pacto comisorio inscrito en el Registro Público de la Propiedad, es otra garantía que se ha ideado para el vendedor.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, pág. 234.

Desde el punto de vista de la eficacia de la garantía, es preferible la reserva de dominio, porque impone al comprador responsabilidades de orden civil y penal, si dispone de la cosa, y el vendedor tiene su acción reivindicatoria expedita contra todo detentador, en tanto que la cláusula rescisoria en las ventas que se hagan en abonos, no impone responsabi-

lidad penal al comprador que legítimamente puede disponer de la cosa que le pertenece ya.

En cuanto a las consecuencias desde el punto de vista civil, tanto en la venta en abonos cuando se ejercita la acción rescisoria, como en la venta con reserva de dominio, el vendedor puede recobrar la cosa de tercero y tiene a su vez la obligación de restituir el precio.

Tanto para una modalidad como para la otra, prohibe el Código Civil que se estipulen convenciones más onerosas para el comprador de las que permite el artículo 2311, y sanciona con la nulidad, las que impongan a éste mayor responsabilidad.

En el artículo 2310 que ya hemos estudiado a propósito de la rescisión del contrato, se menciona esta modalidad: y en el 2311 se fijan las compensaciones que proceden en los casos de rescisión.

La cláusula rescisoria permite en cambio otra forma de garantía que puede ser, desde el punto de vista del crédito, más conveniente. Como la propiedad se ha trasmitido al comprador, es posible constituir prenda o hipoteca para garantizar la parte insoluta del precio; en cambio, la reserva de dominio lógicamente no permite ni la prenda ni la hipoteca.

4.—*Venta con pacto de preferencia.*—Según esta modalidad, es válido el pacto en que se estipule, que en el caso de venta de la cosa enajenada, el vendedor será preferido en igualdad de condiciones a cualquier otro comprador, y que, por tanto, para que pueda ejercitar su derecho de preferencia, si el comprador posteriormente resuelve vender la cosa, deberá notificar oportunamente a su enajenante, dándole a conocer las condiciones de la oferta que tenga, para que si él desea hacer uso de su derecho, pueda adquirir la cosa en las mismas condiciones de precio.

Este derecho de preferencia se caracteriza por no originar la nulidad de la compraventa que se ejecute en violación del mismo. No es, por consiguiente, el derecho del tanto que se reconoce al copropietario o al heredero.

Se trata también, como en el caso del tanto, de un derecho sujeto a caducidad que debe ejercitarse en el plazo concedido, y que se pierde de manera irremisible si no se ejercita dentro de ese plazo. En los artículos 2303 y 2308 se reglamenta esta modalidad, en los términos siguientes:

Artículo 2303.– "Puede estipularse que el vendedor goce del derecho de preferencia por el tanto, para el caso de que el comprador quisiere vender la cosa que fue objeto del contrato de compraventa".

Artículo 2308.–"El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse, ni pasa a los herederos del que lo disfrute".

También el derecho de preferencia se caracteriza por ser personalísimo, es decir, no es trasmisible ni por herencia ni tampoco puede ser objeto de cesión por contrato; se concede sólo a la persona del vendedor y exclusivamente a él.

5.—*Venta con pacto de no vender a determinada persona.*—Implica en realidad una modalidad excepcional en nuestro derecho, en donde existe la regla de que no pueden crearse incapacidades, por contrato.

Nuestro derecho, siguiente al francés, permite que sólo por la ley se originen incapacidades; es decir, incumbe exclusivamente a la norma conferir, restringir o negar en ciertos casos la capacidad de goce o de ejercicio. La regla general es la de que toda persona es capaz, excepto cuando la ley diga lo contrario. La incapacidad es una excepción que sólo la ley puede declarar y así lo dispone el artículo 1798: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Conforme al artículo 2301: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna".

Si se permitiese la validez de una cláusula general, para que el comprador no vendiera a persona alguna, independientemente de las consecuencias antijurídicas y antieconómicas de esa cláusula, se estaría creando una incapacidad por en cuanto al *jus abutendi.*

El Código no dice si esta venta será nula cuando se ejecuta violando la cláusula de no vender a determinada persona; pero podemos desprender la conclusión del sistema general observado en el mismo, del caso especial del pacto de preferencia y de las obligaciones de no hacer. En realidad, podemos decir que es un caso especial de obligación de no hacer el que se encierra en esta modalidad, pues la cláusula no es otra cosa que una prohibición de ejecutar un determinado acto jurídico, de la misma manera que dentro de la libertad contractual, puede pactarse que el comprador no hipoteque o que no ejecute determinado acto jurídico, siempre y cuando tenga un interés legítimo el vendedor. La cláusula de no hipotecar es válida si el precio aún no se ha cubierto, porque el vendedor sí tiene interés legítimo en que la cosa no esté gravada. Pero cuando se viola la obligación de no ejecutar determinado acto jurídico, nuestro derecho sólo impone, como en el caso general de incumplimiento, la reparación de daños y perjuicios.

"El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa —dispone el artículo 2028—, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de

contravención. *Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado".*

Este mismo problema se ha planteado en el tomo III, pero con un alcance más general: se ha preguntado cuál es el contenido de la cláusula que impone una restricción para ejecutar determinados actos jurídicos, o en otras palabras, cuáles son las consecuencias de ese pacto prohibitivo y de la cláusula de no enajenar.

Tres soluciones serían posibles: 1.—La cláusula de no enajenar crea una incapacidad. 2.—Es una norma prohibitiva con sanción de nulidad 3.—Sólo crea una obligación de no hacer.

La primera solución la hemos desechado porque nuestro derecho no faculta para crear incapacidades por contrato.

La segunda también la desechamos porque aunque el contrato es una norma jurídica individual, es evidente que la disposición del artículo 8º del Código Civil, en el sentido de que serán nulos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, no se refiere a los contratos como normas jurídicas individualizadas, sino a la ley, como norma jurídica general; de tal suerte que sólo queda como interpretación válida, en nuestro derecho, reputar la cláusula de no enajenar a determinada persona constitutiva de una obligación de no hacer, cuya violación sólo da derecho para reclamar el pago de los daños y perjuicios que se hubieren causado.

6.—*Compra de esperanza y compraventa de cosa futura.*—Otra modalidad que regula el Código Civil es la venta en la que el comprador corre el riesgo de que la cosa vendida no exista, porque se trata de una cosa futura. En realidad, podemos decir que aun cuando el régimen de la compra de esperanza se aplica a la presente modalidad, hay una distinción, porque en el artículo 2309, se permite que en general las cosas futuras puedan ser objeto de contrato, tomando el comprador el riesgo de que no lleguen a existir; en cambio, en la compra de esperanza se restringe la operación sólo a los frutos o productos futuros de una cosa.

Dice el artículo 2309: "Si se venden cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el contrato es aleatorio y se rige por lo dispuesto en el capítulo relativo a la compra de esperanza".

Lo que nos demuestra que son dos operaciones jurídicas distintas; que se consideran contratos aleatorios y se aplican las reglas de la compra de esperanza a la venta de cosas futuras, pero se distinguen entre sí en que la primera sólo se refiere a los frutos o productos futuros, en tanto que la modalidad regulada en el artículo 2309 abarca cosa misma.

El artículo 2792, dice así: "Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero. El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados".

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, esta modalidad provoca un verdadero problema en el derecho, porque la venta de cosas futuras, cuando éstas no llegan a existir, en teoría debería ser jurídicamente imposible. Se objeta argumentando que se trata de un contrato aleatorio; pero la aleatoriedad desde el punto de vista estrictamente jurídico no debe llegar al grado de afectar la existencia misma del contrato Puede haber aleatoriedad dentro de la existencia del acto, como existe en los otros contratos aleatorios. La renta vitalicia es aleatoria porque no se sabe el monto de las prestaciones que se pagarán durante la vida del acreedor; pero tiene un objeto posible y existente desde que el negocio se celebra. En el contrato de seguros; el carácter aleatorio no destruye el objeto, ya que las prestaciones de las partes existen. En cambio, en la compra de esperanza o en la venta de cosas futuras se da el caso de un contrato sin objeto.

Degni, ob. cit., págs. 113 y 114.

7.—*Compraventa a vistas.*—Es una compraventa de cosas que se acostumbra gustar, pesar o medir. Encontramos esta modalidad en el Código francés y en el proyecto de García Goyena, que son los antecedentes que tomó en cuenta nuestro Código de 1870, para ensayar una combinación de los mismos, sentando el principio de que las compras a vista de cosas que se acostumbran gustar, pesar o medir, no surtirán efectos legales sino hasta que las mismas se hayan gustado, pesado o medido. Dice así el artículo 2825 del Código Civil de 1884: "Las compras a vista o de cosas que se acostumbran gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos sino después que se hayan visto, gustado, pesado o medido los objetos vendidos". Este precepto lo tenemos casi textualmente en el Código Civil vigente; sólo hay una diferencia de orden gramatical: ya el precepto no dice "compras a vista", que es el nombre técnico aceptado en la doctrina; simplemente dispone el artículo 2257:

"Las compras de cosas que se acostumbra gustar, pesar o medir, no producirán sus efectos sino después que se hayan gustado, pesado o medidos los objetos vendidos".

Planiol, Teoría General de los Contratos, ob. cit., pág. 184.

La modalidad que afecta estas ventas es, según cierta parte de la doctrina, una condición suspensiva; sin embargo, la mayoría de los autores franceses sostiene que no hay aquí tal cosa, sino una circunstancia que afecta al consentimiento, de tal suerte que, entretanto las cosas no se gusten, pesen o midan, no habrá todavía acuerdo de voluntades. Tal es la opinión de Planiol, de Hemard, y Josserand, que estudian la venta a vistas, no dentro del capítulo de las modalidades, sino en la teoría del consentimiento.

Manresa hace notar que el artículo 1453 del Código español sujeta indebidamente a la misma regulación jurídica la venta a prueba y las ventas de cosas que se acostumbran gustar o probar antes de recibirlas, pues ambas las presume hechas siempre bajo condición suspeniva, no obstante que la intención de las partes y la naturaleza de las operaciones son distintas, pues en la venta a prueba, el comprador está obligado a adquirir si la prueba resultó satisfactoria, en tanto que en la venta ad gustum, queda en absoluta libertad de comprar, aun cuando subjetivamente le hubiese agradado la cosa.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 83 y 84.

Josserand precisa también las diferencias entre la venta a prueba y la venta ad gustum, de acuerdo con lo antes expuesto, agregando que en la última no puede haber vínculo jurídico hasta en tanto que el comprador no haya gustado la cosa y la haya aceptado, siendo soberano para rechazarla.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 44 y 45.

Entre la venta a ensayo o agrado y la venta a prueba, existen diferencias. En el primer caso, el agrado se deja por entero a las preferencias y al gusto del comprador, y puede dar lugar legítimamente al rechazo de la cosa, aun cuando ésta sea de óptima calidad. En el segundo caso (como se ha dicho), es menos amplio el poder de apreciación del comprador.

Además, en el primer caso, el agrado se manifiesta antes de la formación del contrato y es determinante de esta última; en el segundo caso, la prueba se realiza a contrato ya perfeccionado.

Desde el punto de vista de los efectos, en el primer caso (venta con reserva de agradar), el perfeccionamiento de la venta no tiene carácter retroactivo (opera

ex nunc), mientras que, en el segundo caso (venta a prueba), la eficacia de la misma tiene carácter retroactivo (opera ex tunc)". (Messineo, ob. cit., t. V, pág. 81).

Planiol y Ripert precisan las características de la venta a prueba, requiriendo que exista pacto expreso en cuanto a esa condición misma, excepto cuando los usos imponen que la venta de ciertas cosas se efectúe después de una prueba satisfactoria.

Nuestro Código no regula la venta a prueba, por lo que indebidamente la asimila como el español con la venta ad gustum, es decir, no producirá sus efectos sino después que se haya probado la cosa, pero deja a la libre decisión del comprador adquirirla o no, aun cuando la prueba resultare satisfactoria, como ocurre en las ventas de automóviles, pianos, máquinas de coser y artefactos semejantes.

Es interesante, como observan los autores citados, que en la venta a prueba, el comprador no puede negarse a realizar ésta. Estimamos también aplicable en nuestro derecho esta operación; pero sólo en cuanto al hecho mismo de allanarse a gustar o probar la cosa; pero en tanto que en el derecho francés algunos tratadistas aceptan que se deje a un peritaje la calificación en cuanto al resultado satisfactorio de la prueba, si el comprador rehusare, y otros niegan esta posibilidad y algunos piensan que los Tribunales habrán de decidir libremente, en nuestro derecho, al asimilarse la venta a prueba con la venta ad gustum, queda siempre el criterio del comprador adquirir o no, aun cuando declarase que la cosa es satisfactoria.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 227 y 228.
Messineo, ob. cit., t. V, pág. 80.

Para ciertas cosas que se acostumbran gustar, tales como el vino y ciertos comestibles, el artículo 1587 del Código francés dispone que no habrá venta mientras el comprador no haya aprobado y aceptado tales cosas, por lo que Planiol y Ripert estiman que en este contrato el consentimiento no sólo consiste en la voluntad de celebrarlo, sino que se perfecciona hasta que el comprador acepta las cosas, siempre y cuando se trate de las que usualmente se prueban antes de realizar su compra y no exista un uso en contrario o estipulación en sentido distinto.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 335 y 336.

Planiol piensa que la aceptación del comprador es un elemento esencial en la venta ad gustum, de tal manera que constituye una moda-

lidad del consentimiento, pues si el comprador la rechaza "no existe la venta", en tanto que en la venta a ensayo, la conformidad del comprador es sólo una condición suspensiva, que hace retrotraer los efectos de la venta a la fecha de la misma, en tanto que para las cosas que se acostumbran gustar, la operación sólo existe desde el momento en que se acepta por el comprador, después de haber gustado la mercancía. Para la venta a prueba piensa Planiol que dependerá de la intención de las partes dejar al juez ser árbitro en cuanto al resultado del ensayo.

Planiol, Teoría General de los Contratos, ob. cit., págs. 183 y 184.

De acuerdo con lo expuesto, cabe distinguir las siguientes situaciones:

1.—La venta a vistas como modalidad, supone que el consentimiento o acuerdo de voluntades existe en esta operación; pero que las partes han subordinado el nacimiento de los derechos y los efectos de la compraventa, al acontecimiento futuro e incierto de que, gustada la cosa, sea plenamente satisfactoria al comprador; o bien, que se realice la operación de contar, pesar o medir, como hecho futuro, de tal suerte que si no se lleva a cabo dicho acontecimiento, no habrá compraventa; pero realizado, surtirá desde ese instante todos sus efectos legales.

2.—En cambio, la tesis que afirma, siguiendo a la doctrina francesa, que en esta operación no existe todavía consentimiento, se funda en que las partes subordinan el acuerdo de voluntades a la circunstancia de que la cosa sea gustada, pesada o medida, de tal manera que entretanto no se lleven a cabo estas operaciones, no habrá todavía consentimiento; que en el comercio es frecuente la compra a vistas, porque el comprador desea gustar la cosa sin tener obligación alguna, incluso si la cosa le gusta, de comprarla.

Parece que en la venta de cosas que se deban gustar, esta última explicación de la doctrina francesa es satisfactoria; pero no lo es para las que se acostumbran pesar o medir. En éstas, efectivamente el consentimiento existe y ya no dependerá del artbitrio del comprador, que la venta se realice o no, porque es un hecho objetivo que ejecutarán las partes, el comprador o un tercero facultado por ellas; que no dependerá de la voluntad del comprador, supuesto que una vez que se ha contado, pesado o medido la materia de la compraventa, ésta se realiza. Sólo tiene por objeto determinar con exactitud qué es lo comprado. Se compra el maíz existente en una bodega a razón de tanto el kilogramo; hay acuerdo de las partes respecto de la cosa y precio, porque éste se deter-

mina antes en función de una unidad, pero es necesario pesar o medir para que la compraventa quede perfeccionada.

En nuestro concepto, ni es absolutamente cierta la tesis de la doctrina francesa generalmente expuesta por la mayoría de los autores, en el sentido de que en estas ventas aún no se forma el consentimiento, ni tampoco lo es la interpretación de que en las ventas que se acostumbran gustar, haya una condición suspensiva.

Creemos que debe hacerse la siguiente distinción: la venta de cosas que se acostumbran gustar no existe, y por tanto, el consentimiento no se forma, sino hasta que la cosa se ha gustado y el comprador resuelve, a su arbitrio, si la acepta o no.

Francisco Degni, ob. cit., págs. 182 a 184.

En cuanto a las cosas que se acostumbran pesar o medir, el consentimiento sí se ha formado. No hay aquí, como afirman Planiol o Hemard, una condición que supedite la formación del consentimiento al hecho de que las cosas sean pesadas o medidas. Dada la naturaleza de este acto que no supone necesariamente la conformidad del comprador, ni menos aún un acto exclusivo y subjetivo de su voluntad, debe sostenerse que la compraventa de cosas que se acostumbran pesar o medir una vez que las partes se ponen de acuerdo sobre el precio, sólo queda sujeta a la modalidad de que sean pesadas o medidas. Puede pactarse la condición de que exista determinada cantidad, y que si no existe, la compraventa no quedará perfeccionada; pero si no hay un pacto en este sentido y simplemente se ponen de acuerdo las partes en un precio calculado por unidad, la compraventa existe y queda solamente supeditada a esa modalidad de pesar, contar o medir.

Francisco Degni, ob. cit., págs. 168 a 170.

Tiene importancia práctica resolver qué clase de operación es la que se celebra, porque la cosa puede perecer y debemos determinar quién sufre la pérdida. Según el principio de que la cosa perece para su dueño, si existe condición suspensiva, entre tanto no se realice este acontecimiento, el comprador no ha adquirido el dominio de la cosa; por lo tanto si la misma perece por caso fortuito o fuerza mayor, es el vendedor, como dueño de la misma, el que sufre la pérdida; es decir, si recibimos objetos a vistas como se acostumbra en el comercio, por ejemplo, un automóvil para gustarlo, para probarlo, y por un caso fortuito, supongamos un rayo, el automóvil perece, quien sufre la pérdida del objeto

es el vendedor, y no el comprador, porque aún el dominio no se había trasmitido. Esto dentro de la tesis que afirma que hay una condición suspensiva y con mayor razón si suponemos que aún no hay contrato, que aún el consentimiento está pendiente de que la cosa sea gustada. Se vuelve a aplicar el principio de que las cosas perecen para su dueño. Una vez que ha sido gustada la cosa y se manifiesta conformidad, aun cuando no haya sido entregada (supongamos que el comprador que la ha gustado, la devuelve), la compra venta se ha realizado, le pertenece ya la cosa, y si ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor, entonces el comprador sufrirá la pérdida.

En cuanto a las cosas que se acostumbran pesar o medir, si perecen después de realizado este acontecimiento, el comprador sufrirá la pérdida; o bien, si se pierden antes, el vendedor, como dueño de las mismas, reportará el riesgo consiguiente.

Sobre este problema consúltese, la precisa exposición de Planiol y Ripert.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 330 a 333.

8.—*Compraventa sobre muestras.*—Otra modalidad es la relativa a la compraventa sobre muestras. En nuestro derecho Civil es una novedad que introdujo el Código vigente, pues no la regulaba el anterior, ni el de 1870; pero que sí era conocida en el derecho privado por cuanto que el Código de Comercio trata de ella. Dice así en sus artículos 373 y 374: "Las compraventas que se hicieren sobre muestras o calidades de mercancías determinadas y conocidas en el comercio se tendrán por perfeccionadas por el solo consentimiento de las partes. En caso de desavenencia entre los contratantes, dos comerciantes, nombrados uno por cada parte, y un tercero para el caso de discordia nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad o inconformidad de las mercancías con las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato". "Cuando el objeto de las compraventas sean mercancías que no hayan sido vistas por el comprador, ni pueden clasificarse por calidad determinada conocida en el comercio, el contrato no se tendrá por perfeccionado, mientras el comprador no las examine y acepte".

Se consideraba que esta compra en realidad se verifica sobre todo en operaciones mercantiles y que tocaba al Código de Comercio reglamentarla. Sin embargo, nada impide que sea una operación netamente civil, y por esto el Código de la materia debe también reglamentarla.

Existe compraventa sobre muestras cuando las partes se ponen de acuerdo no respecto del objeto mismo, sino sobre una parte desprendida

de él que se llama muestra, o bien, sobre su descripción, precisando todas sus circunstancias, requisitos, atributos y datos que puedan identificarlo.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 337 y 338.

En sentido restringido la compraventa sobre muestras es aquella que se realiza sobre una parte desprendida de la cosa que se llama muestra, o en ocasiones sobre un objeto que es el término de comparación igual de todos los demás que van a venderse. En una compraventa sobre acero se puede dar un pedazo de acero como muestra, pero en una compraventa de tornillos, se da ya el objeto mismo en su individualidad, es decir, un tornillo. No podemos decir que éste sea una cosa desprendida del objeto, como sí lo es el pedazo de casimir que se nos da como muestra, de tal suerte que no siempre esta compraventa recae sobre una parte de la cosa. La compraventa de ciertas cosas genéricas puede ser sobre muestras, tomando como base la misma cosa en su unidad; por ejemplo, en la industria moderna pueden presentarse como casos de compraventa sobre muestras los que a diario se celebran respecto de las cosas que se producen en cantidades iguales, como serían las piezas intercambiables de las maquinarias, llamadas "refacciones".

Messineo, ob. cit., t. V, pág. 81.

En sentido amplio la doctrina, y nuestro Código de Comercio admiten la compra sobre muestras, cuando se identifica la cosa por su descripción, fijando sus características y atributos. Se trata de efectos perfectamente conocidos en el comercio y ya no es menester dar una parte desprendida del objeto. La muestra sólo consiste en la descripción de la cosa y si hubiere controversia, dos comerciantes, dice el Código de Comercio, o dos peritos, dice el Código Civil, nombrados por cada parte, dictaminarán; y si no se ponen de acuerdo un tercero en discordia resolverá el conflicto. Esta compraventa la reconoce el artículo 2258 del Código vigente.

"Cuando se trate de venta de artículos determinados y perfectamente conocidos el contrato podrá hacerse sobre muestras. En caso de desavenencia entre los contratantes, dos peritos nombrados uno por cada parte, y un tercero, para el caso de discordia, nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad o inconformidad de los artículos con las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato".

En la parte final reconoce el precepto que las muestras o calidades pueden servir de base al contrato y así se acostumbra en el comercio; por ejemplo, determinar la venta de café de primera de tal región, etc., no se presenta una muestra sino que se señalan las calidades del objeto para su identificación.

En el Código de Comercio se estima que el consentimiento se forma desde que se ponen de acuerdo las partes sobre la cosa, en función de la muestra; de manera que se trata de un contrato perfecto, no existe aquí una modalidad en el sentido de que si las cosas no corresponden a la muestra no habrá compraventa. En este caso habrá incumplimiento y el comprador tendrá derecho de exigir la entrega de los objetos de acuerdo con la muestra, y si esto no es posible, la rescisión con el pago de daños y perjuicios. En cambio, si afirmamos que se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva en el sentido de que los objetos vendidos deberán estar de acuerdo con las muestras, y si no se entregan en esa forma, no habrá compraventa, el comprador tendría simplemente derecho a que se le devolviese el precio, sin reclamar daños y perjuicios, porque en esta hipótesis la venta no se habría realizado, y procedería la restitución de prestaciones. Pero si aceptamos, como dice el artículo 373 del Código de Comercio que inspira al artículo 2258 de nuestro Código Civil, redactado casi en los mismos términos, que el consentimiento existe desde que se ponen de acuerdo las partes sobre la muestra, el contrato quedará perfeccionado y, si posteriormente, no se entregan las cosas vendidas, habrá un simple incumplimiento del mismo sujeto a las reglas generales, y el comprador podrá exigir judicialmente la entrega de las cosas objeto de la venta, o el pago de todos los daños y perjuicios con la devolución del precio.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 338 y 339.

9.—*Venta por acervo o a la vista.*—Se entiende por tal, la venta que se refiere a un conjunto de bienes homogéneos o heterogéneos, de la misma especie y calidad, o de especies y calidades distintas, que están especialmente determinadas, tomando como punto de referencia no el contenido, sino el continente; es decir, no se compran determinados bienes por lo que éstos sean en realidad, se adquiere un acervo contenido en una vasija, en un granero, en una bodega, en un carro de ferrocarril, en un fundo mercantil, y se compra a la vista, o a ojo cerrado, como dicen los italianos, sin precisar el contenido y sin que tenga importancia

para la venta que las partes, o el comprador, hayan imaginado un contenido mayor o menor. La venta no se rescinde por el hecho de que después el comprador al contar, pesar o medir, compruebe que hay un contenido menor del que calculaba, o bien, porque el vendedor sufra un error de cálculo y resulte un contenido mayor.

Francisco Degni, ob. cit., págs. 175 y 176.

En esta clase de ventas por acervo, se comprende también la de cosas que se acostumbran gustar, pesar, o medir, así como la de bienes fungibles, y tiene la peculiaridad de que se perfeccionan y el dominio se trasmite antes de la entrega, aun tratándose de bienes fungibles, o antes de que se hayan contado, pesado o medido. En la venta ordinaria de bienes fungibles el dominio no se trasmite sino mediante la entrega real, jurídica o virtual. En la venta por acervo, aunque contenga bienes fungibles, como no es el contenido, sino el continente lo que interesa, la propiedad se trasmite en el momento en que se ponen de acuerdo las partes sobre cosa y precio. Además, tratándose de cosas que se acostumbran gustar, pesar o medir, no se trasmite la propiedad, sino hasta el momento en que se han gustado, pesado o medido. En la venta por acervo aunque contenga cosas de esa naturaleza, la propiedad se transfiere por el solo acuerdo de las partes en la cosa y precio y no importa que después al contar, pesar o medir, resulten mayores o menores cantidades de las calculadas.

Dice el artículo 2259: "Si la venta se hizo sólo a la vista y por acervo aun cuando sea de cosas que se suelen contar, pesar o medir, se entenderá realizada luego que los contratantes se avengan en el precio; y el comprador no podrá pedir la rescisión del contrato alegando no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que él calculaba".

Esta venta por acervo se refiere a un conjunto de bienes homogéneos o heterogéneos, es decir, pueden ser de la misma calidad o de calidades distintas. Pueden ser bienes muebles e inmuebles juntamente; pero si el vendedor presentó el acervo como homogéneo, ocultando especies distintas, la venta se rescindirá si ese acervo resulta heterogéneo.

Dice el artículo 2260: "Habrá lugar a la rescisión si el vendedor presentare el acervo como de especie homogénea y ocultare en él especies de inferior clase y calidad de las que están a la vista".

La determinación de la cosa abarcando bienes de iguales o diversas calidades y especies, homogéneos y heterogéneos, se hace en función

de un dato espacial y temporal; es decir, contando todo aquello que se encuentre en un lugar determinado y en cierto momento. Por esto los autores también mencionan la determinación temporal, porque se vende por ejemplo toda la cosecha de cierta finca, correspondiente al presente año, o todo lo que existe en una bodega en tal fecha. La determinación, por consiguiente, debe ser espacial y temporal.

Francisco Degni, ob. cit., págs. 345 y 346.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

10.—*Compraventa en abonos. Efecto de la rescisión.*—Las disposiciones legales que reglamentan la rescisión del contrato de compraventa en abonos, en cuanto a las restituciones recíprocas de las prestaciones que se hubieren hecho las partes, son de orden público, irrenunciables, por lo que las cláusulas contractuales que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas por la ley, son nulas, y la sentencia respectiva al declarar la rescisión, debe ordenar que las restituciones se hagan en términos de ley. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. I, tesis 112, pág. 356).

11.—*Compraventa, prueba de la.*—No es cierto que la venta de un bien inmueble sólo puede acreditarse con el testimonio del contrato respectivo, pues cuando se trata sólo de acreditar entre los contratantes el mero hecho de que la venta se realizó, este hecho es prácticamente susceptible de acreditarse por pruebas testimonial y presuntiva. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. I, tesis 113, pág. 357).

12.—*Compraventa de inmuebles. Falta de escritura pública ante notario.*—La escritura pública ante notario exigida por la ley para la compraventa de inmuebles, no implica una solamenidad cuya falta tenga como consecuencia la nulidad absoluta del contrato, ni impide que el mismo produzca efectos. El cumplimiento voluntario se tiene como ratificación, y extingue la acción de nulidad, por lo que cada uno de los contratantes puede exigir del otro, el otorgamiento de la escritura respectiva. (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. I, tesis 111, pág. 338).

13.—*Compraventa en abonos en el Estado de Puebla. Derogación del Artículo 2707 del Código Civil.*—De acuerdo con el artículo transitorio de la Ley de 15 de abril de 1952, relativa a ciertas modalidades

sobre el contrato de compraventa, debe considerarse derogado al respecto el artículo 2707 del Código Civil en su párrafo final, porque este precepto se opone indudablemente a las disposiciones de la Ley, ya que prohibe al vendedor exigir la rescisión de la compraventa hecha al fiado, mientras que aquélla permite celebrar el pacto comisorio en las ventas cuyo precio se paga en abonos.

Amparo directo 1056/76.—Sergio Vinay Oliver y otra.—1o. de febrero de 1978.—5 votos.—Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Precedente:

Sexta Epoca:
Volumen XXXIX, Cuarta Parte, Pág. 25.
Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte, enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 15.

14.—*Compraventa, la forma no es elemento constitutivo de la. (Legislación del Estado de Morelos).*—Si bien es cierto que conforme a lo dispuesto por el artículo 1899 del Código Civil del Estado de Morelos, sólo pueden rescindirse los contratos que en sí mismos son válidos, procediendo por ende la rescisión, cuando celebrado el contrato con todos los requisitos legales, éste debe quedar sin efectos, por alguna de las causas que enumera y entre las que se encuentra el incumplimiento del contrato, no es menos exacto que, dicho precepto se refiere a los elementos de existencia del contrato, mas no a los formales, entre los que se encuentra la forma que deben revestir, pues es de explorado derecho que el contrato de compraventa pertenece a aquéllos que deben consignarse en documentos declarativos o ad probationem, los que ciertamente sirven para demostrar el acto o contrato que contengan, sin que excluyan la prueba de ese acto jurídico por otros medios, puesto que no es en ella la forma elemento de constitución, aunque puede serlo para su eficacia, y tan no es la forma elemento de constitución, de la compraventa, que inclusive cuando exige la ley que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficacia se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebran.

—El cumplimiento voluntario de un contrato no solemne, purga la ineficacia de la falta de forma, surtiendo efectos única y exclusivamente entre las partes que lo celebren, según lo establece el artículo 1858 del Código Civil del Estado de Morelos.

Amparo directo 2572/77.—Arturo Espinoza de los Monteros Zarazúa.—16 de marzo de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte, enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 16.

15.—*Compraventa, no debe comprenderse en la, la superficie afectada con anterioridad a la celebración del contrato.*—Tanto la Dirección General de Planeación, del Departamento del Distrito Federal, como la propia señora Ana Caraza viuda de Ramírez López, albacea de la sucesión del Ingeniero Adán Ramírez López, han aceptado que la afectación de la calle de Olivo data de fecha muy anterior a la venta de la propiedad a Inmobiliaria Margisa, S. A., y que dentro de la afectación general con motivo del fraccionamiento que se autorizó a Margisa, se encuentra comprendida la que se refiere a la calle de Olivo en 388.95 M^2, que fueron segregados a la propiedad vendida, aunque esta segregación haya sido con fecha posterior a la venta y con motivo del fraccionamiento que se autorizó a Margisa, con posterioridad; afectaciones anteriores con consecuencias jurídicas que motivaron que la compradora tuviera que reconocer esa afectación para que pudiera autorizarse su funcionamiento, con el consiguiente menoscabo de sus intereses patrimoniales, sin que sea obstáculo el que estos hechos se hayan realizado con posterioridad a la venta. Siendo pertinente aclarar que la quejosa, por lo que se refiere al fraccionamiento cuyas subdivisiones solicitó, donó al Departamento del Distrito Federal, para vías públicas (calles), la superficie que se indica en el plano respectivo, o sea 1713.43 M^2, que fue una consecuencia directa e inmediata de su gestión, pero de ninguna manera puede ser responsable de la afectación que sufrió el predio a todo lo largo de la calle de Olivo, en virtud de que dicha afectación no fue provocada por la compraventa de que se trata, sino que ya existía cuando se celebró ésta, y por tal motivo la Inmobiliaria Margisa, no podía obviamente, usar, disfrutar y disponer de esa superficie que ya estaba afectada, máxime que en la cláusula cuarta del contrato de compraventa se estipuló que la compradora adquiría para sí, libre de todo gravamen, limitación de dominio y responsabilidades aún fiscales las fracciones del predio de la antigua Hacienda de Guadalupe.

Amparo directo 3924/73.—Inmobiliaria Margisa, S. A.—31 de enero de 1980.—5 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.—Secretario: José de Jesús Taboada Hernández.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 20. Pág. 25.

16.—*Compraventa, otorgamiento de escritura de. Condicionada al pago total del precio.*—Si se aduce que conforme a los artículos 2320 y 3002 del Código Civil, debió elevarse a escritura pública un contrato, aunque se hubiera pactado en dicho contrato que se elevaría a escritura pública solamente cuando se cubriera el precio de la compraventa, la afirmación no se justifica de acuerdo con el texto de las disposiciones citadas, relativas a la forma de la compraventa para el caso de que el valor del inmueble que se venda exceda de quinientos pesos, y a la inscripción de los títulos en el Registro Público de la Propiedad; es decir, tales disposiciones manifiestamente no pueden tener como consecuencia que se prive de efectos a lo contratado, o sea, a la cláusula conforme a la cual la escritura pública sólo se podría otorgar cuando el precio de la operación se hubiere cubierto totalmente, a menos de que se pretenda desconocer el principio de que los contratos obligan a lo expresamente pactado, contenido en los artículos 1796 y 1839 del Código Civil.

Amparo directo 4994/73.—Prismo Mexicana, S. A.—17 de julio de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Alfonso Abitia Arzapalo.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte, julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 19.

17.—*Compraventa. Pago del precio cuando no se señala el lugar donde debe efectuarse. (Legislación del Estado de Nuevo León).*—De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2187 del Código Civil del Estado de Nuevo León (2293 del Código Civil del Distrito Federal), el comprador debe pagar el precio de la cosa en el tiempo, lugar y forma convenidos. Si las partes omitieron estipular en el contrato el lugar en donde debía pagarse el precio, ante esta omisión deben atenderse las reglas previstas para el caso en el Código Civil. El artículo 1976 del Código Civil de Nuevo León (igual al 2082 del Código del Distrito Federal), que se encuentra dentro del capítulo "Del Pago", y que establece las normas generales para el cumplimiento de las obligaciones, sanciona que, por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, cuando las partes no convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Con base en las anteriores consideraciones, es de concluirse que para que proceda la acción de rescisión de contrato por falta de cumplimiento en el pago, es menester que los actores acrediten que los deudores fueron requeridos de pago en el lugar de su domicilio y que no habiéndolo hecho, incurrieron en mora. Si este ex-

tremo no lo acreditan aquéllos, la Sala responsable se ajusta a derecho al estimar que los actores no acreditaron su acción ejercitada.

Amparo directo 129/76.—Manuel S. González Villarreal y otro.—31 de marzo de 1978.—5 votos.—Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.—Secretario: Salvador Castro Zavaleta.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 17.

18.—*Compraventa. Prueba del pago del precio. Corresponde al obligado.*—Si se demanda la rescisión de un contrato de compraventa con apoyo en la falta de pago de diversas cantidades que como parte del precio se obligó el comprador a cubrir, así como en la falta de pago de otras sumas de dinero en favor de un tercero, y en general, en que el comprador no había cumplido las obligaciones contraídas en el referido contrato, el obligado a demostrar que había cumplido en sus términos con el contrato era él si afirmó estar al corriente en sus pagos y que había satisfecho sus obligaciones contractuales, y ello porque el que afirma reporta la carga de probar su afirmación.

Amparo directo 4180/77.—Ramón Oliverio Trigos Alacio.—28 de noviembre de 1977.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 23.

TITULO CUARTO

OTROS CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO

CAPITULO I

La Permuta

1.—*Definición.*—La permuta es un contrato por virtud del cual cada una de las partes trasmite a la otra la propiedad de una cosa a cambio de la que a su vez recibe en propiedad. Dice al efecto el artículo 2327: "La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa por otra". En este precepto se emplea el término jurídico "dar" en su significación jurídica de trasmitir el dominio. El artículo 1702 del Código Napoleón define la permuta en los siguientes términos: "El cambio es un contrato por el cual las partes se dan respectivamente una cosa por otra". Más explícito es el artículo 1485 del Código argentino: "El contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir al otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa".

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. X, págs. 458 a 461.

En su régimen jurídico la permuta sigue todas las reglas de la compraventa, excepción hecha de las relativas al precio, es decir, en cuanto a la trasmisión del dominio y a las obligaciones del vendedor, se aplica el sistema de la compraventa. Cada permutante se reputa vendedor en lo que se refiere a las obligaciones de trasmitir el dominio, entregar la cosa, garantizar una posesión pacífica, responder de los vicios o defectos ocultos y del saneamiento para el caso de evicción.

Luis María Rezzónico, Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil, Depalma, Buenos Aires, 1958, segunda edición, pág. 418.

Como en la permuta no existe precio, sino en un caso excepcional, lógicamente no se aplican las reglas relativas a las obligaciones del comprador que consisten, fundamentalmente, en pagar un precio cierto y en dinero. Sin embargo, puede existir una operación mixta, cuando a cambio de una cosa, la otra parte entrega parte en dinero y parte con el valor de otra cosa. Esta operación mixta se denomina compraventa cuando la parte en numerario sea igual o mayor al valor de la otra cosa que se da en cambio; pero cuando la parte en numerario es inferior, se reputará permuta. Previene al respecto el artículo 2250: "Si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero y parte con el valor de otra cosa, el contrato será de venta cuando la parte en numerario sea igual o mayor que la que se pague con el valor de otra cosa. Si la parte en numerario fuere inferior, el contrato será de permuta.

Tenemos, por consiguiente, un caso de permuta en el que puede existir parte en numerario; lógicamente se le tienen que aplicar las disposiciones de la compraventa en cuanto a obligaciones del comprador y en lo que se refiere al precio, a efecto de regular la forma y términos conforme a los cuales el permutante respectivo deberá entregar el numerario.

En realidad este contrato mixto supone dos operaciones: una que es compraventa en lo que se refiere al numerario, y otra que es permuta en lo que se refiere al cambio de cosa por cosa, y es conveniente hacer la separación de ambas operaciones, para fijar los derechos y obligaciones de las partes. En lo que toca a la compraventa, por cuanto que hay una entrega en numerario, deben aplicarse estrictamente las reglas que regulan las obligaciones de comprador y vendedor; en cuanto atañe a la permuta, por ser un cambio de cosa por cosa, deben aplicarse únicamente las reglas que determinan las obligaciones del vendedor. Tiene interés formular esta división, porque el Código reglamenta la hipótesis de permuta de cosa ajena y el caso en que uno de los permutantes sufra evicción. Al efecto, cuando el que recibe la cosa advierte que no es del otro permutante, no está obligado ya a entregar la que ofreció en cambio. Dispone en este sentido el artículo 2328 del Código en vigor: 'Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió".

En materia de evicción, dada la naturaleza de la permuta, se permite que, si uno de los permutantes sufre evicción puede recobrar la cosa que dio en cambio si aún existe en poder de la otra parte. o bien, exigir su valor o el de la cosa que recibió. a su elección, más el pago

de daños y perjuicios. El Código de 1884 sólo permitía: recuperar la cosa entregada si ello era posible, es decir, si estaba aún en poder del adquirente, o bien, exigir su valor, más el pago de daños y perjuicios. Decía así el artículo 2933: "El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dio, si se halla aún en poder del otro permutante, o exigir su valor y los daños y perjuicios". El artículo 2329 del Código vigente, admite un régimen especial en la permuta que no sería posible en la compraventa. Dice así: "El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dio si se halla aún en poder del otro permutante, o exigir su valor o el valor de la cosa que se le hubiere dado en cambio, con el pago de daños y perjuicios". Naturalmente que este régimen se aplica en el caso de que no se perjudiquen los derechos de tercero es decir, si el permutante que entrega la cosa materia de la evicción ha enajenado la cosa recibida en cambio a un tercero de buena fe, y a título oneroso, éste es protegido, según dice el artículo 2330: "Lo dispuesto en el artículo anterior no perjudica los derechos que a título oneroso haya adquirido un tercero de buena fe sobre la cosa que reclame el que sufrió la evicción". Por último, el artículo 2331 dispone que, con excepción de lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas de la compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores (2316 a 2322).

Luis María Rezzónico, ob. cit., págs. 425 y 426.

2.—*Importancia económica y jurídica.*—La permuta tiene y ha tenido siempre una importancia económica de primer orden, aún más que jurídica. Sociológicamente, ha sido el antecedente de la compraventa, la forma natural de realizar el fenómeno del cambio, la manera de llevar a cabo las transacciones antes de la moneda o independientemente de ella. Su importancia ha sido de carácter más bien económico que jurídico.

Luis María Rezzónico, ob. cit., págs. 417 y 418.

En la actualidad, la permuta ha recobrado su importancia económica y sobre todo la tiene en aquellas épocas en que hay peligro de que sobrevenga una devaluación de la moneda, pues en las grandes crisis económicas y períodos de guerra, tiende a sustituir a la compraventa para volver a ser la manera natural de realizar el fenómeno del cambio. La desvalorización de la moneda en épocas críticas, provoca un temor fundado para cambiar las cosas por dinero, originando a su vez la necesidad de cambiar cosa por cosa. También la permuta ha sido un instru-

mento necesario para ciertos países necesitados, como ocurrió en Alemania, que por su sistema económico y su necesidad de productos agrícolas y superproducción de maquinaria, se vio precisada a cambiar máquinas por productos agrícolas.

Desde el punto de vista jurídico, la permuta es un contrato traslativo de dominio. Implica, como la compraventa, un contrato consensual; trasmite la propiedad por el solo acuerdo de los permutantes respecto a las cosas, aun cuando éstas no hayan sido entregadas, pero supone este principio que la permuta se refiere a cosas ciertas y determinadas. En la permuta sobre géneros, la trasmisión de dominio no se opera hasta que las cosas no se han hecho ciertas y determinadas con conocimiento de cada permutante.

En su clasificación jurídica, la permuta es un contrato principal, es decir, subsiste por sí mismo y bilateral, porque origina derechos y obligaciones recíprocos; oneroso, porque también crea provechos y gravámenes correlativos; generalmente conmutativo, porque recae sobre cosas cuyo valor puede determinarse para conocer de antemano el alcance y la cuantía de las prestaciones; pero la permuta puede ser un contrato aleatorio, porque es posible cambiar una cosa presente, por otra futura, tomando el permutante el riesgo de que no llegue a existir, o bien puede cambiarse una cosa determinada por los productos inciertos de otra. En todos estos casos, la permuta es aleatoria para una de las partes, pero puede serlo para ambas, cuando se cambian entre sí cosas futuras; en este caso el contrato existirá si una de las cosas objeto de la permuta llega a existir. Pero, si ninguna de las cosas llega a tener existencia, el contrato, también por falta de materia, de objeto y de interés, será inexistente, es decir, no habrá necesidad, ante la no realización de las cosas futuras, de hablar de una operación jurídica que pudo llegar a ser, pero que por falta de materia no tuvo realización.

La permuta es un contrato generalmente instantáneo, pero puede ser de tracto sucesivo, es decir, puede cambiarse una cosa por prestaciones periódicas consistentes en frutos o productos que entrega el otro permutante, o a su vez puede ser de tracto sucesivo para ambas partes, porque se establezca un intercambio a base de un contrato de duración indefinida respecto a los frutos o productos de ciertas cosas.

Luis María Rezzónico, ob. cit., págs. 419 y 420.

3.—*Elementos esenciales del contrato.*—Debemos distinguir, primero, elementos esenciales genéricos y, después un elemento de carácter específico.

Los primeros son los que ya conocemos para todo contrato: consentimiento y objeto. Por lo que se refiere al primero procede decir que en la permuta debe existir el ánimo de trasmitir el dominio de la cosa por otra que se reciba a cambio. El segundo elemento esencial genérico es el objeto; en la compraventa se desdobla en cosa y precio; y en la permuta queda integrado por las cosas que recíprocamente se trasmiten y a veces por el valor de una cosa y por parte de numerario. Respecto al objeto repetimos las consideraciones que hicimos para la compraventa; la cosa debe existir en la naturaleza, estar en el comercio y debe ser determinada o determinable. El artículo 1491 del Código argentino declara: "No pueden permutarse las cosas que no pueden venderse".

El elemento específico y esencial de este contrato consiste en la trasmisión del dominio y, por lo tanto, se puede caracterizar en términos semejantes a la compraventa, sólo que en cada uno de los contratos traslativos de dominio este elemento reviste un carácter especial: en la compraventa hay trasmisión de dominio para adquirir por un precio; en la permuta existe recíproca trasmisión de dominio respecto a cosas; y en la donación trasmisión del dominio sin esperar adquirir un valor equivalente. Por tanto, si el contrato de permuta se caracteriza como traslativo de dominio, debemos aplicar las disposiciones generales de la compraventa, o sea, que la permuta para ser válida debe recaer sobre cosa propia del permutante; que cuando versa sobre cosas ciertas y determinadas la trasmisión del dominio se efectúa por mero efecto del contrato sin que sea necesaria tradición real o simbólica; asimismo, desde el momento que las partes se han puesto de acuerdo en las cosas objeto del cambio, les pertenecen desde luego, sin que hayan sido entregadas. La entrega, por consiguiente, no es un elemento esencial para trasmitir el dominio y sólo lo será en los casos en que la permuta recaiga sobre géneros, en cuyo caso la trasmisión de la propiedad se operará hasta que se hagan ciertos y determinados con conocimiento de cada uno de los permutantes.

Cuando la trasmisión del dominio opera por mero efecto del contrato o por el acuerdo de las partes, se aplican los principios que ya analizamos en la compraventa, para el problema de los riesgos y que son: la cosa perece para su dueño cuando ocurre el caso fortuito o de fuerza mayor y, en consecuencia, aunque no haya sido entregada, si una de las cosas permutantes perece, será su dueño quien sufra la pérdida. En cambio, para reglamentar la responsabilidad de las partes, cuando existe culpa también aplicaremos las disposiciones del contrato de compra-

venta a propósito de la obligación que tiene el vendedor de custodiar la cosa ajena.

Por lo que se refiere a la permuta existe una modalidad cuando recae sobre cosa ajena, pues cuando una de las partes comprueba que se le ha entregado cosa que no es del otro permutante, ya no se encuentra obligado a entregar a su vez la cosa cuyo dominio debe trasmitir por virtud de la permuta, y cumple sencillamente devolviendo aquella cosa ajena que indebidamente se le entregó. La sanción es parecida a la nulidad, por cuanto que destruye los efectos del contrato en la forma más simple, ya que no tiene que existir declaración judicial respecto a la nulidad del contrato y, en tal virtud, no ocurren los efectos provisionales que en todo contrato nulo se producen. Aquí no es necesaria la declaración judicial para que retroactivamente se destruyan los defectos del contrato, como acontece en la compraventa de cosa ajena, por tratarse de un caso de nulidad, de tal suerte que no se haga esa declaración judicial, el contrato estará produciendo provisionalmente sus efectos; el comprador no podrá obtener la restitución del precio sino hasta que se declare la nulidad; en cambio, en la permuta, antes de que el permutante que recibió cosa ajena haya entregado la que él por su parte se obligó, puede automáticamente destruir en la forma más simple el contrato, en virtud de que su obligación sólo se concreta a devolver la cosa ajena. Sobre el particular consúltense los distintos casos y problemas que plantean Planiol y Ripert en cuanto a la permuta de cosa ajena.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 462 a 465.

4.—*Elementos de validez en la permuta.*—Entre estos elementos analizaremos: la forma, la capacidad y el caso especial de lesión en este contrato; las otras causas que motivan invalidez, relativas a vicios del consentimiento siguen las reglas generales; nos referimos al error, dolo y violencia; lo mismo que los casos en que el motivo, objeto o fin, son ilícitos, y producen una nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo prevenga la ley.

5.—*Forma.*—En cuanto a la forma indicábamos que la permuta se caracteriza lo mismo que la compraventa, como contrato consensual cuando recae sobre muebles y formal cuando se refiere a inmuebles. Por lo tanto, son aplicables, conforme al artículo 2331, las mismas disposiciones de la compraventa.

6.—*Capacidad.*—En la permuta se aplican las mismas reglas de capacidad que estudiamos en la venta. La situación no cambia, porque la

capacidad de los permutantes es idéntica a la que debe tener el vendedor para poder enajenar la cosa permutada y al propio tiempo igual a la que la ley exige para el comprador, a fin de que pueda adquirirla válidamente, es decir, no debe existir alguna prohibición o incapacidad para ese efecto. En la permuta ambas partes deben tener capacidad especial para enajenar, a efecto de que el contrato sea válido. En este sentido dispone el artículo 1490 del Código argentino: "No pueden permutar, los que no pueden comprar y vender". La semicapacidad para los emancipados, respecto a los cuales no se permite la enajenación de bienes inmuebles o la constitución de gravámenes sobre los mismos, y que, por lo tanto, los coloca en incapacidad para enajenar esos bienes, es aplicable también para el caso de la permuta; pero en tanto que el menor incapacitado puede adquirir bienes inmuebles, ya que su incapacidad sólo es para enajenar pero no para adquirir; no puede permutar cuando dé un inmueble a cambio de un mueble, y sólo lo puede hacer cuando dé el mueble a cambio del inmueble.

7.—*Lesión.*—Finalmente, por lo que se refiere a la lesión, debemos aplicar las mismas reglas del artículo 17 del Código en vigor. La lesión es un vicio que afecta a cualquier contrato conmutativo, cuando existe evidente desproporción entre las prestaciones y una parte abuse de la miseria, inexperiencia, ignorancia o necesidad de la otra, obteniendo un lucro notoriamente desproporcionado con el monto de su obligación. En el artículo 1706 del Código francés se dispone: "La rescisión por causa de lesión, no tendrá lugar en el contrato de cambio".

8.—*Obligaciones de las partes.*—¿Cuáles son las obligaciones de las partes, en este contrato? Hemos dicho que con excepción de las reglas relativas al precio, todas las demás disposiciones de la compraventa son aplicables a la permuta. Las obligaciones del comprador no serán aplicables a ninguno de los permutantes, pero las del vendedor sí y éstas son las siguientes: trasmitir el dominio, custodiar la cosa en tanto se entregue y entregar ésta en el tiempo, lugar, forma y substancia convenidos, haciendo esa entrega real, jurídica virtual o ficta.

Luis María Rezzónico, ob. cit., págs. 423 y 424.

También los permutantes están obligados a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa (acciones redhibitoria y estimatoria); garantizar una posesión pacífica; y responder por la evicción.

CAPITULO II

La Donación

1.—*Definición, elementos.*—La donación es un contrato por el cual una persona, llamada donante, trasmite gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes (reservándose sólo los bienes necesarios para subsistir), a otra llamada donatario.

Enneccerus, ob. cit., v. II, págs. 109 y 119.

Los elementos de la definición son: 1o.—La donación es un contrato translativo de dominio. 2o.—Es por esencia gratuito. 3o.—Puede recaer sobre una parte o la totalidad de los bienes presentes, exceptuándose los necesarios para la subsistencia del donante.

Este carácter se reconoce en el artículo 2347 del Código vigente que, aun cuando faculta la donación universal de todos los bienes presentes, previene que el donante debe reservarse los necesarios para su subsistencia, y en caso contrario, puede reducir la donación en la parte conducente para el efecto indicado.

Por último, es requisito de la definición que el contrato recaiga sobre bienes presentes, no pudiendo efectuarse sobre bienes futuros, porque implicaría más que la enajenación de éstos, la de la capacidad de goce; económicamente, el donante perdería todo aliciente para adquirir bienes, si se obligara a trasmitir todos los futuros.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 573 y 574.

2.—*Problemas de la donación universal.*—Respecto a la donación, se presenta un problema jurídico de gran importancia en nuestro derecho y, en general, en el latino europeo que, siguiendo las tradiciones del romano, no permite que pueda trasmitirse un patrimonio por contrato, en la donación universal. De la definición no se desprende que la donación pueda comprender un patrimonio como conjunto de bienes y obligaciones, es decir, como activo y pasivo; más bien parece indicarse que la donación se ha de referir al activo patrimonial y que ese activo debe ser presente y no total, por cuanto que es nulo el contrato si el donante no se reserva los bienes necesarios para subsistir. Sin embargo, en otro precepto se dispone que si recae sobre todos los bienes del donante, el

donatario responderá a beneficio de inventario de las deudas anteriormente contraídas hasta la fecha de la donación. Es decir, se aplican las reglas de la trasmisión hereditaria para considerar que el donatario, responde como heredero a beneficio de inventario, de todas las deudas del donante anteriores al contrato.

Valverde, ob. cit., t. II, pág. 392.

3.—*Patrimonio-personalidad y patrimonio-afectación.* — Hallamos pues, una primera limitación para que no se opere la trasmisión del patrimonio presente; esta primera limitación no se discute en cuanto al activo, pues el donante no puede trasmitir todos sus bienes. Bastaría esto para que ya la donación no fuese un contrato que, por lo menos, trasmitiera el patrimonio presente. En cuanto al pasivo, también el artículo 2355 comprende otra limitación, no hay trasmisión de todo el pasivo existente ya que el donatario responde a beneficio de inventario.

Además, cuando la doctrina clásica sobre el patrimonio-personalidad afirma que es principio fundamental del derecho latino la intrasmisibilidad del patrimonio por contrato, se refiere no sólo al presente, sino también al potencial o posibilidad de adquirir para el futuro, y la donación en su definición exige que recaiga exclusivamente sobre bienes presentes y, a su vez, respecto de éstos impone una limitación. Es verdad que en los derechos que admiten la trasmisión del patrimonio por contrato existe la teoría llamada del patrimonio de afectación que desvincula las nociones de personalidad, capacidad y patrimonio, es decir, éste ya no es una emanación de la personalidad, ni mucho menos es, dentro del concepto de patrimonio potencial, la capacidad de adquirir para el futuro. En estas legislaciones, como son las de Alemania y Suiza, el patrimonio es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que existen en un momento dado para la realización de un fin jurídico-económico determinado, el cual puede ser trasmitido por contrato y por esto, cada persona puede tener dos o más patrimonios; porque en ellos la autonomía en la masa de bienes se obtiene por el fin jurídico-económico y el comerciante tiene así el patrimonio mercantil y el civil, ante la diversidad de fines jurídico-económicos.

4.—*Clasificación del contrato de donación.*—El contrato de donación se clasifica como principal, unilateral, gratuito, formal o consensual, según los casos, instantáneo o de tracto sucesivo. El contrato es principal, porque existe y subsiste por sí solo. Es unilateral, porque es sólo el donante quien tiene la obligación de trasmitir el dominio de la cosa donada

y de entregarla al donatario. Excepcionalmente puede responder de la evicción cuando así se haya pactado. En principio, el donatario no tiene obligaciones, pero se le impone un deber de gratitud cuyo incumplimiento origina la rescisión del contrato.

También en las donaciones onerosas el donatario está obligado a responder de los gravámenes o de las deudas expresamente designadas, y en las donaciones universales responde a beneficio de inventario del pasivo existente hasta la fecha de la donación; por esto, la donación puede ser excepcionalmente bilateral.

El contrato de que nos ocupamos es por esencia gratuito y aun cuando existe la donación onerosa en la que el donante impone determinados gravámenes o deudas al donatario, se reputa que hay donación en la diferencia existente entre el valor del bien donado y el monto de las cargas. La donación es contrato consensual cuando recae sobre bienes muebles cuyo valor no pase de $200.00. Es formal cuando dicho valor de los bienes muebles excede de esa suma, o también cuando recae sobre inmuebles. La formalidad puede consistir en documento privado o público. Dicen al efecto los artículos 2341 a 2346 del Código vigente: "La donación puede hacerse verbalmente o por escrito". "No puede hacerse donación verbal más que de bienes muebles". "La donación verbal sólo producirá efectos legales cuando el valor de los muebles no pase de doscientos pesos". "Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito. Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública". "La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley". "La aceptación de las donaciones se hará en la misma forma en que éstas deban hacerse, pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante".

Conforme a la Ley del Notariado anterior, se reformaron los artículos 2344 y 2345 en los términos que ya explicamos para la compraventa.

Sánchez Román, ob. cit., t. IV, págs. 670 y 671.

5.—*Elementos esenciales. Consentimiento.*—En la donación debe existir como parte del mismo consentimiento, el animus donandi. Es algo que forma la entraña misma de la manifestación de voluntad y que no puede amputarse, como hizo la doctrina causalista, para diferenciar por una parte la manifestación de voluntad y por otra la intención de hacer una liberalidad.

Valverde, ob. cit., t. III, págs. 388 y 389.

En la donación se abandona el sistema de la recepción y se adopta el de la información, ya que no se perfecciona sino hasta el momento en que el donante conoce los términos de la aceptación. El donatario debe aceptar con las mismas formalidades que se requieren para donar; además debe notificar su aceptación al donante y debe hacerlo en vida del mismo. Cumplidos estos requisitos, el contrato se ha formado. De aquí que si el donante muere antes de que se le notifique la aceptación, el contrato no llega a formarse y los herederos del donante no están obligados a sostener la oferta. En cambio, en los demás contratos, si el oferente muere, los herederos están obligados a sostener la oferta siempre y cuando la aceptación se haga en tiempo y no se haya conocido por el aceptante la muerte.

Messineo, ob. cit., t. V, pág. 28.

6.—*Objeto, bienes futuros.*—En cuanto al objeto, como segundo elemento esencial del contrato, hallamos la particularidad indicada en las líneas anteriores: puede referirse a la totalidad de los bienes presentes del donante, incluyendo su pasivo, siempre y cuando el donante se reserve los bienes necesarios para subsistir.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 580 y 581.

Sin embargo, explicamos ya que aun cuando permite la donación la transferencia de parte alícuota del activo y pasivo, no es una forma de adquisición a título universal por cuanto el patrimonio futuro y parte del presente, son intransferibles.

También presenta la donación la característica, en cuanto al objeto, de que no puede recaer sobre bienes futuros. En los otros contratos es posible pactar sobre bienes futuros y así lo reconoce una norma general para el objeto; pues no se considera inexistente el contrato cuando se refiere a cosas futuras.

Artículo 1826: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

En cambio, la donación no puede recaer sobre bienes futuros según norma expresa: artículo 2333: "La donación no puede comprender los bienes futuros".

Sánchez Román, ob. cit., t. IV, págs. 683 y 684.

7.—*La causa. Jurisprudencia francesa. Nuestra legislación.*—El tercer elemento, de carácter discutible, en la donación, es la causa. Desde luego debe decirse que la causa en el sentido clásico, entendida como el *animus donandi* o intención de ejecutar una liberalidad, no es un elemento nuevo de esta operación jurídica, porque va imbíbito en el consentimiento, de tal suerte que no podemos ni tenemos que duplicar los entes cuando no es necesario. Pero, si ese es el sentido clásico de la causa, tal como se interpretó desde 1804 a 1832, en la jurisprudencia francesa, a partir del famoso caso Pandariés, tuvo un significado muy distinto en los actos a título gratuito y, especialmente, en las donaciones, lo cual, para nuestro derecho positivo, es de importancia vital, porque el Código recoge ese concepto de la jurisprudencia francesa a partir del caso ya citado.

Esta noción de causa, que no es la clásica sino cabalmente la opuesta a ella, fue luego desenvuelta por la doctrina de León Duguit, Bonnecase y Josserand, y nuestro Código Civil vigente la recogió al decir que son elementos del contrato, además del consentimiento y del objeto, el fin o motivo determinante de la voluntad, y que ese fin o motivo, debe ser lícito, además de cierto. Si existe error, el contrato es anulable; si el fin o motivo determinante de la voluntad es ilícito, el contrato estará afectado de nulidad absoluta. Dicen al efecto los artículos 1795 fracción III, 1830, 1831 y 2225 del Código vigente:

Artículo 1795: "El contrato puede ser invalidado. III.—Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito".

Artículo 1830: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Artículo 1831: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Artículo 2225: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 576 y 577.

8.—*Elementos de validez.*—En cuanto a los elementos de validez del contrato de donación, sólo cabe mencionar especialmente la capacidad y la forma. Respecto a los vicios del consentimiento, siguen las reglas generales y, por lo tanto, no merecen especial mención.

La capacidad tiene también en el contrato de donación una peculiaridad, de tal manera que parece que este contrato se reglamenta haciendo excepciones a las reglas generales. Así, se permite al donatario que su

capacidad de goce se adquiera por el hecho de la concepción, sin requerirse que haya nacido para que sea válido el acto, pero con la condición de que nazca viable. Tenemos la misma regla que en materia de herencia: el heredero o legatario tienen capacidad para heredar o recibir legados desde que son concebidos, siempre que la fecha de la concepción sea anterior a la de la muerte del autor de la herencia y bajo la condicion de que nazcan viables.

Para los demás contratos no hay esa regla, porque se requiere que el contratante haya nacido.

En términos generales, podría decirse que el menor emancipado puede hacer donaciones respecto de cosas muebles y que sólo carece de capacidad jurídica para ejecutarlas respecto de inmuebles o para constituir derechos reales sobre los mismos. Esta interpretación literal del precepto que determina las facultades del menor emancipado, queda desmentida por la naturaleza misma de la emancipación que sólo tiene por objeto autorizar al menor para la realización de determinados negocios, cuando tiene la aptitud necesaria para llevarlos a cabo. Por consiguiente, la emancipación no puede facultar al menor para ejecutar actos que pudiesen perjudicarle.

Por otra parte, sería contradictorio a la finalidad de la emancipación permitirle al emancipado disminuir gratuitamente, es decir, sin compensación, su patrimonio, el cual sólo está facultado para administrar.

La capacidad para recibir donaciones no es especial por no implicar un acto de dominio y, por tanto, pueden recibir donaciones los menores emancipados. Se requiere que en este contrato exista la capacidad general para contratar, pero en el supuesto caso de que un menor de edad, un enajenado o sujeto a interdicción por alguna otra causa, aceptara una donación, ese contrato no podría ser impugnado de nulidad, por cuanto que las acciones de nulidad relativa se otorgan sólo al perjudicado. El donante no podría invocar la incapacidad del donatario y éste no podría ejercitar la acción en su propio nombre, sino por su representante, y además, tendría que demostrarse que la donación perjudicó al incapaz, lo cual jurídicamente no puede ocurrir.

Valverde, ob. cit., t. III, págs. 399 y 400.

La representación legal que se presenta en los casos de patria potestad, tutela, ausencia, quiebras, concursos y sucesiones, no faculta al representante para hacer donaciones en nombre del representado. Los tutores tienen prohibido hacer donaciones de los bienes de los incapaces y en igual situación están los que ejercen la patria potestad, el repre-

sentante del ausente, el síndico y el albacea. En estos tres últimos casos se trata de un patrimonio en liquidación o susceptibles de liquidarse, y es contrario a la finalidad de la institución ejecutar donaciones.

En su oportunidad veremos el problema que se presenta cuando el mandante otorga poder para actos de dominio sin mencionar la facultad para ejecutar donaciones. Conforme a una interpretación literal del artículo 2554 del Código Civil vigente, ese poder para ejecutar actos de dominio autoriza al mandatario para realizar donaciones, supuesto que tendrá todas las facultades del dueño; pero si atendemos a la naturaleza especialísima de ese acto de dominio y a los Códigos de 1884 y 1870 como antecedentes, llegaremos a la conclusión de que en la representación voluntaria se necesita autorización expresa para hacer donaciones. Dejaremos pendiente este problema, para resolverlo con conocimiento de las reglas del mandato, cuando nos ocupemos de dicho contrato.

"Una tal facultad general no es válida para donar; el carácter espontáneo que la liberalidad tiene y la ponderación que la ley exige para este acto requieren que quien desee donar mediante mandatario determine en el mandato el objeto de la donación y la persona del donatario". (Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 580).

En cuanto a la forma, como otro elemento de validez de este contrato, ya anteriormente hicimos su estudio.

Valverde, ob. cit., t. III, págs. 393 y 394.

9.—*Las donaciones. Clasificación. Simples, condicionales, onerosas y remuneratorias.*—Las donaciones pueden ser puras, o bien, revestir ciertas particularidades en atención a las modalidades que las afecten, al tiempo en que surtan sus efectos ya sea antes o después de la muerte del donante, o la naturaleza de las personas que intervengan en el contrato.

Desde el punto de vista de las modalidades, las donaciones se clasifican en puras o simples, condicionales, a término, onerosas y remuneratorias. Previene el artículo 2334: "La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria". La donación pura es la que se hace en términos absolutos, es decir, no depende de ninguna modalidad, condición, término, modo o carga. La donación condicional es la que depende de un acontecimiento futuro de realización incierta que suspende la existencia del mismo contrato, o lo resuelve retroactivamente, como si no hubiere existido. Dice al efecto el artículo 2335: "Pura es la donación que se otorga en términos absolutos, y condicional la que depende de algún acontecimiento incierto".

La donación puede ser onerosa cuando se impongan determinados gravámenes o deudas al donatario. Esta donación se entiende como acto a título gratuito por el remanente que exista entre el valor de la cosa donada y las cargas, deudas o gravámenes impuestos. Por eso el donatario nunca responde con sus bienes personales, y en el caso de que el donante le imponga la obligación de pagar todas las deudas existentes hasta la fecha del contrato, y que sean de naturaleza auténtica, la donación se hará siempre a beneficio de inventario, de tal modo que puede liberarse abandonando las cosas si no le conviniere cubrir las deudas.

Sánchez Román, ob. cit., t. IV, pág. 687.

Véanse los artículos 2336, 2337, 2353, 2354 y 2355, que definen los casos de donación onerosa y su efectos cuando se impongan deudas al donatario.

Por último, la donación es remuneratoria, cuando se hace en atención a servicios prestados por el donatario al donante, que no impliquen una deuda.

Enneccerus, ob. cit., v. II, pág. 131.

10.—*Donaciones entre vivos y mortis causa.*—Desde otro punto de vista, en atención a la fecha en que deben surtir sus efectos, se dividen las donaciones en comunes o inter vivos, y por causa de muerte.

Las donaciones comunes son aquellas que van a surtir sus efectos durante la vida del donante, pudiendo depender de un término o de una condición. En el caso de que éste muera antes del término o condición, como la intención de las partes fue la de no subordinar los efectos del contrato a su muerte, debe distinguirse este tipo de donaciones de las originadas por causa de muerte, las que sí se sujetan a las reglas de los legados.

Sánchez Román, ob. cit., t. IV, págs. 669 y 670.

En la donación mortis causa, se trata de un contrato sujeto a un término de fecha o día incierto, pero forzoso, como es la muerte del donante. Puede pactarse un término y el donante morir antes de su llegada; este hecho no hará que la donación se sujete a las reglas de los legados, porque la intención de las partes fue celebrar un contrato simplemente a término suspensivo y la circunstancia de que muera aquél antes del término, no cambiará la naturaleza jurídica de la operación.

Pero, si las partes expresamente subordinan todos los efectos del contrato a la muerte del donante, la donación que es contrato, se sujeta, no obstante, a las reglas de los legados. No se trata de un legado, es decir, de una trasmisión a título particular operada por testamento. En virtud de que se celebra un contrato, hay acuerdo de voluntades, se cumplen todos los requisitos de este acto jurídico y sólo se subordinan sus efectos a la muerte del donante. El artículo 2339 estatuye: "Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas del Libro Tercero; y las que se hagan entre consortes por lo dispuesto en el Capítulo VII, Título V del Libro Primero".

Enneccerus, ob. cit., v. II, pág. 113.
José Castán Tobeñas, ob. cit., págs. 98 y 99.

11.—*Donación particular y universal.*—Donación particular es aquella que se refiere a determinados bienes del donante, sin comprender todo su activo, ni tampoco los bienes futuros.

Donación universal.—Es aquella que abarca la totalidad de los bienes presentados del donante, reservándose sólo los necesarios para su subsistencia, y para cumplir su obligación de proporcionar alimentos. Si en la donación universal no se reserva el donante los bienes necesarios para subsistir, será nula, y si perjudica su obligación de dar alimentos, será inoficiosa.

12.—*Donaciones reales y simuladas.*—Desde otro punto de vista, las donaciones se clasifican en verdaderas y simuladas. Donación real o verdadera es aquella en la que la transferencia del dominio se opera gratuitamente, existiendo por lo tanto el animus donandi; simulada, la que consigna falsamente la transferencia de la propiedad sin que en realidad se haya convenido entre las partes sino todo lo contrario, o encubre bajo la apariencia falsa de una enajenación gratuita, una trasmisión a título oneroso (venta o permuta). Puede suceder que existiendo en el fondo una donación, se le revista con la apariencia de un contrato oneroso, dándosele generalmente el carácter de compraventa, haciendo figurar un precio. En las donaciones absolutamente simuladas, hay que distinguir el acto ostensible y el secreto. Conforme al ostensible, el contrato es de donación; se presenta como una enajenación a título gratuito. Conforme al acto secreto, no existe donación, ni contrato alguno, por cuanto que no hay la intención de trasmitir el dominio.

José Arias, Contratos Civiles, t. II, págs. 207 y 208.

13.—*Donación en perjuicio de acreedores. Acción pauliana y nulidad.*—Cuando la simulación relativa tiene por objeto disfrazar o encubrir una donación —aparentando que es una compraventa o una enajenación onerosa y por tal acto se perjudican los derechos de los acreedores—, sí trae como consecuencia su nulidad, pero, a través de un procedimiento indirecto. Las partes están interesadas en presentar el acto como oneroso y no como gratuito, en virtud de que, cuando es oneroso y en fraude de acreedores, se debe demostrar mala fe de ambas, deudor y tercero adquirente, para que prospere la acción pauliana, que en nuestro derecho, es una acción de nulidad. En cambio si el acto es a título gratuito, no es necesario demostrar la mala fe y procede la nulidad aun cuando el deudor y tercero adquirente hayan contratado de buena fe. Por tal motivo, cuando el deudor quiere realmente hacer una donación y ésta puede afectar su solvencia, le da el carácter de compraventa o de contrato oneroso: dación en pago, prestación de servicios, etc., para que no prospere la acción pauliana, o en todo caso, el acreedor perjudicado tenga que demostrar la mala fe del deudor y del tercero adquirente, justificando que ambas partes conocían que el acto iba a originar la insolvencia de aquél; es decir, que conocían el déficit existente entre el activo y el pasivo, lo cual es muy difícil; pues podrá comprobarse para el deudor, que es lógico que él conozca su estado patrimonial, pero no así respecto del tercero.

14.—*Donaciones disfrazadas. Problemas de nulidad.*—Tiene interés relacionar estos temas generales con el contrato de donación, porque de todos los actos simulados en fraude o perjuicio de acreedores podemos hacer la siguiente clasificación: 1o.—actos realmente onerosos en fraude o perjuicio de acreedores, en cuyo caso debe demostrarse la mala fe del tercero adquirente y del deudor, para obtener la nulidad, y 2o.—Donaciones disfrazadas de contratos onerosos, generalmente de compraventa. En México, desgraciadamente, la inmoralidad que priva en ese sentido, presenta en la práctica ejemplos constantes de una u otra categoría, por lo que debe hacerse especial hincapié, al clasificar las donaciones, de lo que en nuestro país ocurre, dado que hay un número muy crecido de donaciones disfrazadas de compraventa, por lo menos para eludir el impuesto fiscal.

También conviene abordar el tema estrictamente jurídico que se presenta en esta donación disfrazada de compraventa, o de contrato oneroso, porque el Código vigente declara que es una donación nula, si ha tenido por objeto defraudar a los acreedores del donante. En efecto, el

artículo 2182 dispone que: "Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, este acto, no será nulo si no hay ley que así lo declare". Ahora bien, siendo ilícito el fin o motivo de dicha simulación, al disfrazar la donación de contrato oneroso, es evidente que será nula, conforme al artículo 2225 que previene: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad. va absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

También el artículo 2358 estatuye: "Las donaciones hechas simulando otro contrato a personas que conforme a la ley no pueden recibirlas, son nulas, ya se hagan de un modo directo, ya por interpósita persona".

Messineo, ob. cit., t. V, pág. 47.
Francesco Messineo, ob. cit., págs. 45 y 46.

15.—*Efectos de la donación respecto de donante y donatario.*—Trataremos ahora de los efectos de la donación respecto del donante y del donatario. En las donaciones debe hablarse de efectos entre las partes, simplemente, sin referirse a la naturaleza unilateral o bilateral del contrato. Podremos decir que la donación es un contrato unilateral cuando se trata de una donación simple, pero, sujeto a la eventualidad de que si el donatario es ingrato o comete un delito contra la persona o parientes del donante, o contra su patrimonio, la donación se convierte en un contrato bilateral.

16.—*Obligaciones del donante.*—El donante debe trasmitir el dominio de la cosa donada. Como se trata de un contrato traslativo de domi nio, es esencial, como en la compraventa, la trasmisión de la propiedad, y aún más, en la misma definición del contrato se menciona este elemento. La trasmisión del dominio queda sujeta a las reglas que ya estudiamos respecto de la compraventa, según se trate de bienes ciertos o genéricos. También se aplican las reglas relativas a la venta de cosa ajena. Pero con una modificación cuando el donatario sufre evicción, dada la naturaleza gratuita del contrato. En los contratos onerosos y, especialmente, en los conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento para el caso de evicción, y éste supone devolver el precio recibido por la cosa y pagar determinadas prestaciones accesorias.

En la donación, como no hay precio, el donante no está obligado a la evicción; pero, permite el Código que por pacto especial se imponga esa obligación.

"El donante sólo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a prestarla". (Artículo 2351). Este precepto

origina un problema de interpretación. El efecto de la evicción consiste en obligar al enajenante a devolver el precio al adquirente; en pagar los gastos del contrato y en indemnizar los daños y perjuicios causados, cuando se proceda de mala fe.

Como en la donación no existe precio, pero permite el Código que el donante se haga responsable del mismo, es menester que se fije sólo para el efecto de la evicción, a fin de que el donante, en caso de que se prive al donatario de la cosa, lo indemnice con un valor equivalente. Si no fijan precio, debe determinarse por peritos y aplicarse las reglas de la responsabilidad para el caso de buena fe. No podría hablarse de responsabilidad de mala fe en el caso de la donación.

Enneccerus, ob. cit., t. IV, págs. 116 y 117.

Ligado con este problema está el relativo a la responsabilidad por vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada. También es una regla propia de los contratos conmutativos, es decir, de aquellos onerosos en que las prestaciones de las partes son ciertas y determinadas. En ellos, el enajenante está obligado a responder de los vicios y defectos ocultos que hagan la cosa impropia para el uso a que se le destina, de tal manera que, de haberlos conocido el adquirente, no habría hecho la operación, o hubiera pagado menos precio por la cosa; y tiene dos acciones el perjudicado: la redhibitoria o de rescisión con el pago de daños y perjuicios, y la estimatoria o de reducción del precio, en atención a la importancia del vicio. Lógicamente no podemos aplicar estas reglas a la donación, porque no es un contrato conmutativo. Sin embargo, con motivo del contrato de donación, puede un falso donante de mala fe trasmitir una cosa viciada al donatario, para causarle daños. Es decir, ejecutar un hecho ilícito con la apariencia de una liberalidad. Sobre todo, esto sería posible cuando se den en aparente donación, animales enfermos o cosas susceptibles de descomposición, pero cuyo vicio está oculto. El falso donante puede tener la dañada intención de perjudicar al donatario, dándole un animal enfermo, por ejemplo. En el fondo, el contrato de donación sería sólo el acto aparente, para ejecutar un delito o un acto ilícito. Si en la investigación respectiva aparece que el donante de mala fe, con conocimiento del vicio, trasmitió gratuitamente la cosa para causar daños y perjuicios al donatario, la responsabilidad de indemnizar no provenía del contrato toda vez que no pudo llegar a existir la donación, por la falta del animus donandi, sino del hecho ilícito que es fuente general de obligaciones, y así queda resuelto el problema sin necesidad de aplicar las reglas del contra-

to conmutativo y sin dejar al perjudicado que ha sufrido daños por un acto ilícito, carente de protección jurídica.

17.—*La entrega de la cosa donada. El principio de moralidad.*— Otra obligación del donante es entregar la cosa donada, rigiendo en cuanto a esa entrega, el principio de exactitud en el tiempo, lugar, forma y substancia.

La entrega de la cosa donada debe realizarse en el tiempo convenido y si no existe plazo, como es una obligación de dar, será exigible treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial, ante notario o dos testigos (Artículo 2080).

La exactitud en cuanto al lugar, obliga al donante a entregar la cosa donada en el sitio convenido o a falta de convenio, en su domicilio. También aplicamos la regla general de que el deudor debe pagar en su domicilio (Artículo 2082).

La exactitud en cuanto a la substancia obliga al donante a entregar exactamente la cosa donada, aun cuando se trata de un acto a título gratuito. Una vez perfeccionado el contrato, el donante no puede entregar ni aun una cosa de mejor calidad al donatario. Sin embargo, en este contrato, para el caso de controversia, tendría aplicación el principio de moralidad que defendió Ripert, para el cumplimiento de las obligaciones. (La Regla Moral en las Obligaciones Civiles). Este autor sostiene que el precepto general que requiere que los contratos deban ser cumplidos exactamente, faculta al juez para interpretar, con un criterio moral, ese principio riguroso de la exactitud en la substancia. Además, conforme al artículo 1796 del Código Civil vigente: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley*".

En el contrato de donación, evidentemente que el juez tendrá mayor amplitud de criterio para regular las consecuencias del incumplimiento, y en aquellos casos en que el donante no puede entregar la cosa donada, pero sí otra cosa de mejor calidad, aplicando las reglas de la buena fe, equidad y moralidad en la interpretación de los contratos, y en su cumplimiento, podría alegarse que el donatario carece de interés jurídico y que no recibe perjuicio alguno al obligársele a recibir cosa mejor que la donada.

Por último, la exactitud en la forma o modo, implica el pago total. El donante no puede hacer pagos parciales; como en cualquier otro contrato, el deudor no está facultado para ello. Para el caso de prestaciones periódicas, éstas deben entregarse íntegramente. El artículo 2356 prescribe: "Salvo que el donador dispusiere otra cosa, las donaciones que consistan en prestaciones periódicas se extinguen con la muerte del donante".

18.—*Efectos respecto del donatario. La donación como contrato bilateral.*—Los derechos del donante respecto del donatario son de orden jurídico aun cuando alguno de ellos reconozca un fundamento estrictamente moral. El primer efecto de la donación es imponer al donatario un deber de gratitud. Este deber funciona en sentido positivo y negativo por la obligación que tiene aquél de auxiliar al donante cuando se halle en estado de pobreza, y en proporción al monto de los bienes donados, y para abstenerse de observar una conducta ilícita en contra del donante, por cuanto que todo acto delictuoso en su contra, sea en su persona, bienes, ascendientes, descendientes o cónyuge, origina la revocación de la donación. Luego, puede hablarse de una obligación en sentido jurídico. pero sujeta a la eventualidad de que el donante se halle en estado de pobreza. El otro aspecto no es sólo propio de la donación, sino que implica la obligación de cualquier contratante para no cometer actos delictuosos en perjuicio del otro, pero con la especial consecuencia jurídica de la revocación del contrato en el caso de incumplimiento. El artículo 2370 consagra las anteriores obligaciones del donatario.

El segundo efecto de la donación consiste en la obligación que tiene el donatario de pagar los gravámenes cargas o deudas, que hubiere impuesto el donante, o que reporte la cosa donada por virtud de una hipoteca o prenda, tanto en la donación llamada submodo, que es aquella que se constituye expresamente imponiendo una carga al donatario, como la donación común en la que se estipula que el donatario pagará las deudas del donante de fecha auténtica anteriores al contrato, o bien, la donación universal que trae consigo, aunque no se declare, la obligación de pagar a beneficio de inventario el importe del pasivo. En estos tres casos: cargas determinadas, deudas estipuladas convencionalmente cuyo pago hará el donatario, o bien deudas que impone la ley en la donación universal, se trata de obligaciones reales propiamente hablando, por cuanto que el donatario se libera abandonando la cosa. No es una responsabilidad personal que gravite sobre su patrimonio y persona. Está en función del valor de la cosa y en la medida en que puede haber una liberalidad, por cuanto que las deudas sean inferiores al valor intrínseco del bien donado.

19.—*Revocación del contrato. Hipótesis.*—Las donaciones en principio son irrevocables, excepto cuando se celebran entre consortes, pues éstas pueden revocarse durante la vida del donante y sólo su muerte puede volverlas irrevocables. En las donaciones comunes, se aplica el principio de que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.

En principio, la donación es irrevocable; pero la ley considera como causas de revocación la superveniencia de hijos, la ingratitud del donatario o el incumplimiento de las deudas o cargas que le fueren impuestas. Principalmente se regula la revocación de la donación por la primera causa, para aplicar las mismas reglas a los casos de ingratitud, e incumplimiento. La superveniencia de hijos permite al donante revocar la donación si tiene un hijo dentro de los cinco años siguientes al contrato, de tal modo que se vuelve la donación irrevocable, si pasado ese tiempo, no tiene hijos. También puede convertirse la donación en irrevocable si habiendo tenido hijos en ese plazo, no pide su revocación. En caso de hijo póstumo en ese término, procede la revocación total de la donación.

José Castán Tobeñas, ob. cit., págs. 111 y 112.

La donación puede simplemente reducirse cuando es inoficiosa por perjudicar los derechos de los acreedores alimentarios, llegando hasta el grado de una revocación cuando se necesite la totalidad de los bienes donados para que el donante pueda cumplir esas obligaciones, y puede no sólo existir una revocación aislada, sino una serie de revocaciones en los casos de donaciones sucesivas. La donación más reciente es la que debe reducirse o revocarse según el monto de los alimentos. Si los bienes donados fuesen insuficientes, continuarán reduciéndose o revocándose las donaciones sucesivamente, hasta llegar a la más antigua. Pero el donatario puede evitar esa revocación tomando sobre sí la obligación de pagar alimentos, porque entonces, desaparece el interés jurídico de los acreedores y el motivo que toma en cuenta la ley.

En la revocación de las donaciones, por superveniencia de hijos, se supone siempre, para obtener un resultado efectivo, la solvencia del donatario. La ley regula el caso de que el donatario hubiese enajenado los bienes donados o los hubiere gravado, de tal manera que le impone la obligación de pagar, en caso de enajenación, el valor de los mismos, y si los hubiere gravado, con hipoteca por ejemplo, tendrá el deber de pagar la deuda.

El Código no regula, ni puede hacerlo, otra protección jurídica para el donante o sus hijos. De tal suerte que son preceptos que generalmente

no tendrán aplicación, cuando el donatario se halle en estado de insolvencia: Estas reglas para revocar la donación por superveniencia de hijos y proteger al donante en los casos de enajenación o gravamen, se aplican también en todo caso de revocación. Dispone en tal sentido el artículo 2369: "En cualquier caso de rescisión o revocación del contrato de donación, se observará lo dispuesto en los artículos 2362 y 2363".

Los casos de revocación por ingratitud, es decir, cuando el donatario comete algún delito contra el donante, sus descendientes, ascendientes o cónyuge, o cuando el donatario se niega a auxiliar al donante, según el valor de la donación, se rigen también por los preceptos antes mencionados.

CAPITULO III

El Mutuo

1.—*Concepto. Código de* 1884.— El mutuo es otro contrato traslativo de dominio que indebidamente había sido estudiado en el Código de 1884 junto con el comodato. Este es traslativo de uso y, no obstante, el ordenamiento anterior, bajo la denominación genérica de préstamo comprendió las dos especies: mutuo y comodato. Consideraba el citado Código que existían características comunes, tomando en cuenta que en el mutuo había la trasmisión del dominio de una cosa fungible, con la obligación del mutuatario de restituir otra de la misma especie y calidad, y en el comodato, había la trasmisión gratuita del uso de una cosa no fungible, con la obligación de restituir ésta individualmente. El artículo 2661 del citado Ordenamiento anterior declaraba: "Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mutuo".

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, págs. 439 y 440.

El actual Código considera que son contratos con características sustancialmente distintas, y estudia al mutuo, como lo hace la doctrina,

entre los contratos traslativos de dominio y al comodato entre los traslativos de uso.

En verdad, no hay características comunes para formar el género préstamo que creó el Código de 1884, pues en el mutuo se trasmite el dominio y en el comodato el uso solamente. Además, el mutuo puede ser gratuito u oneroso cuando se estipula un interés. En cambio, el comodato siempre por esencia es gratuito, y, respecto de las cosas materia del contrato, el mutuo recae sobre géneros o bienes fungibles y el comodato sobre cosas no fungibles. Por ello nuestro Código vigente ha separado estos contratos.

Messineo, ob. cit., t. VI, págs. 112 y 113.

2.—*Definición, análisis y caracterización.*—Dice al respecto el artículo 2384 del Código Civil vigente: "El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad". Luego, es de la esencia del mutuo transferir el dominio. El contrato se clasifica bajo el Código actual, a diferencia de la legislación anterior y de la caracterización tradicional del derecho romano, como traslativo de dominio, gratuito u oneroso, bilateral, consensual en oposición a real y a formal. En cambio, conforme al derecho romano y al Código de 1884, el mutuo era un contrato traslativo de dominio, gratuito u oneroso, siempre unilateral, pero con la característica fundamental de que era real en oposición a consensual y consensual en oposición a formal.

"Hay mutuo o préstamo de consumo cuando la propiedad de la cosa prestada se transfiere al deudor y éste, después de haberla enajenado o consumido, se libera mediante la prestación de una cosa de la misma naturaleza". (M. Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 442).

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 187.
Enneccerus, ob. cit., v. II, págs. 217 y 218.

Hoy el mutuo es bilateral y no unilateral como lo era en el derecho romano y en el Código de 1884, en virtud de que ya no es un contrato real, es decir, existe por el simple consentimiento, antes de la entrega de la cosa, y es obligación del mutuante entregarla. Primero se forma el contrato sin que sea menester entregar la cosa, y ya una vez constituido, nace la obligación en el mutuante, de entregar en la forma y términos convenidos, o en los que disponga la ley. En cambio, en el Código de 1884 y

en el derecho romano, el mutuo era un contrato real, es decir, no existía sino hasta el momento en que se entregaba la cosa. La entrega de la misma era elemento constitutivo del contrato y, por consiguiente, no era una obligación nacida del mismo, a posteriori, pues sin la entrega no había contrato y, por tanto, no podía formarse o nacer obligación alguna.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 187 y 188.

Aquellos contratos en los cuales, bajo el nombre de mutuo, una parte se obligaba a entregar dinero o bienes fungibles, eran antecontratos o contratos preliminares de mutuo, que sólo obligaban a concertar el contrato definitivo y existía éste hasta el momento de la entrega de dichos bienes.

Messineo, ob. cit., t. VI, pág. 118.

El mutuo es consensual en oposición a formal, ya que no requiere para su validez la observancia de alguna formalidad escrita.

Desde otro punto de vista, podemos clasificar el mutuo en civil y mercantil. Es mercantil, según lo define el Código de Comercio, cuando las cosas objeto del contrato se destinen exclusivamente a actos de comercio y se presume mercantil cuando se celebra entre comerciantes. Se sigue, como se ve, fundamentalmente un criterio objetivo y sólo subjetivo para admitir una presunción juris tantum. Dice en este sentido el artículo 358 del Código de Comercio: "Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercatil el préstamo que se contrae entre comerciantes". El carácter mercantil del mutuo no depende de la naturaleza de los contratantes, es decir de que sean comerciantes, sino de que las cosas dadas en mutuo se destinen exclusivamente a actos de comercio. Cuando entre comerciantes se hace una operación de esa especie, se presume que la cosa se va a destinar a actos mercantiles; pero, si se demuestra que se destinó a operaciones exclusivamente civiles, el mutuo será un contrato civil.

Alvarez, Bonilla y Miñana, Tratado de Derecho Mercantil Español Comparado con el Extranjero, t. II, Madrid, 1916, pág. 560.

M. Planiol, ob. cit., pág. 449.

También puede clasificarse el mutuo en simple y con interés. Es simple cuando no se estipula una compensación en dinero, o algún otro

valor, por la transferencia de la cosa, de tal manera que el mutuatario sólo reportará la obligación de restituir ésta, y se llama con interés cuando sí se pacta esa compensación, obligándose al deudor a pagar una suma en dinero, generalmente, por el disfrute de valor dado en mutuo, además de la restitución de la especie recibida. El interés no sólo puede consistir en dinero, sino en cualquier otra ventaja de orden económico, es decir, en especie. Dicen en este sentido los artículos 2393 a 2395: "Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros. El interés es legal o convencional. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal".

Alvarez, Bonilla y Miñana, ob. cit., t. II, pág. 571.

Para el préstamo mercantil, cuando se estipule un interés, el artículo 362 del Código de Comercio estatuye el del 6% anual, pero sólo será exigible cuando el deudor incurra en mora, bien sea porque no pague el capital en la fecha del vencimiento, o treinta días después de la interpelación judicial o extrajudicial, cuando el mutuo fuese por tiempo indeterminado.

Enneccerus, ob. cit., v. II, págs. 220 y 221.

3.—*Elementos esenciales. El objeto.*—Respecto de este contrato de mutuo, estudiaremos sus elementos de existencia y de validez. En cuanto a los elementos de existencia, el consentimiento se sujeta a las reglas generales y el objeto sí presenta características especiales que conviene tratar.

En primer lugar, sólo pueden ser objeto de mutuo los bienes fungibles, tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los que no lo son. En éste, como en algunos otros contratos, se suele confundir el carácter de bien consumible con el de fungible, y es que la fungibilidad generalmente corresponde con la consumibilidad.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 269.
M. Planiol, ob. cit., págs. 442 y 443.

Por bien consumible se entiende aquel que se agota con el primer uso y por fungible, aquel que tiene un poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de otro bien y, por tanto, puede intercambiarse, ser fungible, es decir, fungir el uno por el otro.

El mutuo debe recaer sobre bienes fungibles. Aquellos bienes consumibles que no sean fungibles, no pueden ser objeto de este contrato. Tenemos así los ejemplos clásicos de la última barrica de vino de la última cosecha que es consumible y no es fungible, porque no habrá otra barrica equivalente. En cambio, tenemos la vasta cantidad de bienes fungibles de la industria moderna, como los accesorios de las maquinarias que son intercambiables, que tienen un mismo poder liberatorio y que son consumibles.

Messineo, ob. cit., t. VI, pág. 119.
César Vivante, Instituciones de Derecho Comercial, págs. 298 y 299.

4.—*Elementos de validez. La capacidad.*—En este contrato se necesita tener capacidad especial para enajenar, a efecto de dar y recibir en mutuo, ya que el contrato es traslativo de dominio y a su vez, el mutuatario se obliga a restituir. Es decir, tanto mutuante como mutuatario ejecutan actos de dominio y aplicando las reglas generales, la capacidad debe ser especial; no bastaría tener la capacidad general para contratar. Los menores emancipados sólo tienen capacidad para ejecutar actos de dominio respecto de bienes muebles. No obstante que conforme a la citada regla, un emancipado tendría capacidad para dar o recibir en mutuo, ya que este negocio jurídico sólo se refiere a muebles fungibles, opinamos que para la validez del mismo, se requiere que exista una relación directa con la administración de sus bienes, pues para este efecto se le otorgó la emancipación.

José Arias, ob. cit., t. II, págs. 370 y 371.

El Código vigente, tomando del Código del Brasil un artículo referente a los menores de edad que necesitan contraer préstamos para proporcionarse alimentos, cuando su representante se halle ausente, reconoce la validez del contrato ejecutado por el menor en esas condiciones; pero, no debe entenderse que hay aquí una derogación a la regla de la capacidad, sino simplemente una protección bien entendida para el menor y evitar un enriquecimiento sin causa. El artículo 2392 (tomado del Art. 1269, fracción II, del Código Civil del Brasil), dice: "No se declararán

nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentre ausente". Este precepto impide que el mutuo se lleve a cabo para otros fines que no sean los de proporcionar al menor lo necesario para sus alimentos. En consecuencia, las deudas que contrajere para diversiones o negocios, no quedarán protegidas por dicha norma.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 188 y 189.

Por otra parte, dadas las consecuencias de la nulidad (si aplicáramos la regla general para los contratos ejecutados por incapaces), tampoco se permitiría el enriquecimiento sin causa, porque obligaría a la restitución de las prestaciones. De tal suerte que en el mutuo, como contrato nulo en este caso o en cualquier otro en que no se cumplan los elementos de validez, el efecto será la simple restitución anticipada y nunca podría tolerarse un enriquecimiento sin causa.

Manresa, Código Civil Español, t. XI, págs. 629 y 630.

5.—*La lesión. Mutuo con interés. La usura. Derechos alemán y mexicano. Derecho penal.*—Otro elemento de validez en este contrato que merece especial mención, relacionado también con la capacidad, es el de la lesión.

Esta ha sido especialmente reglamentada por el Código actual en el contrato de mutuo con interés. Los casos típicos de lesión se han presentado en la usura y por esto el derecho la ha combatido principalmente a través del mutuo. También otros casos de lesión se han presentado en los contratos leoninos, sobre todo en las sociedades.

M. Planiol, ob. cit., págs. 444 y 445.

No obstante que nuestros Códigos de 1870 y 1884 admitieron la lesión para el contrato de compraventa únicamente, al reglamentar la sociedad, se declaró la nulidad de las cláusulas leoninas, es decir, de aquellas en que todas las ganancias fuesen para un socio y todas las pérdidas para otro. En el contrato de mutuo, ejemplo principal, la usura no fue prevista por el Código de 1884, de tal manera que se respetó el principio de la autonomía de la voluntad, y el de la obligatoriedad de los contratos. Siguiendo a la escuela de la exégesis, se llevó a sus últimas consecuencias la rigidez de estos principios, de tal manera que se consideró en un problema de estimativa jurídica, de mayor valor la obligatoriedad de los contratos (el principio de la autonomía y el respeto a la volun-

tad de las partes, como suprema ley del negocio jurídico), que la prohibición de la usura, por lo que se toleró el mutuo con interés desproporcionado, o en otras palabras, se permitió la usura. En España, la ley de 23 de junio de 1908, prohibió en gran parte la usura.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, págs. 190 a 193.

En los Códigos penales se tomaron medidas para evitar el fraude en los casos de interés desproporcionado, explotando la ignorancia o las malas condiciones económicas. Dice al respecto el art. 387 fracción VIII del Código Penal vigente del Distrito Federal: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior (o sea las que se imponen para el delito de fraude, consistente en prisión que puede oscilar entre tres meses a doce años y hasta trescientos días multa), se impondrán: VIII.—Al que valiéndose de la ignoracia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 272.

No obstante que nuestro Código vigente toma del alemán y del suizo el concepto de lesión (que aceptan que es sobre todo en los contratos de crédito y especialmente en el mutuo con interés en donde se presenta el problema de la usura), sólo protege al que ha sido víctima en el mutuo de una explotación indebida por su ignorancia, miseria o inexperiencia, estipulando un interés más alto que el legal, con una acción de reducción equitativa del tipo de interés convencional, dejando esta reducción al criterio judicial. Todavía no existe la repudiación absoluta del acto ilícito consistente en la explotación indebida. Aún existe la tendencia a considerarlo válido y a que surta efectos. Sólo se admite como remedio la reducción equitativa. Económicamente, la solución es correcta: si la explotación indebida origina la desproporción en el tipo del interés, la protección eficaz consistirá en reducir ese tipo. Sin embargo, la protección es perfecta sólo para el futuro. Respecto de las prestaciones pasadas y los intereses pagados, no hay reducción ni restitución. En cambio, la sanción de nulidad abarca las prestaciones pagadas con anterioridad que en ocasiones pueden tener mayor interés pecuniario, indudablemente, que las que deban pagarse. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no debe aceptarse que un acto viciado e ilícito sea tolerado por el derecho, por una simple modificación de sus términos, suprimiendo la explotación indebida para lo futuro. El artículo 2395 dispone al respecto: "El interés legal es el nueve por ciento anual. El

interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal".

Relacionando este artículo con las disposiciones del Código Penal y con el precepto general en materia de lesión, hallamos una situación especial para el mutuo con interés convencional. En el Código Penal francamente se considera el acto como ilícito y, específicamente como fraude, cuando el interés es en tal forma desproporcionado, y existe además la explotación indebida, abusando de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de la víctima.

De aquí se desprende, para conciliar ambas situaciones, que el mutuatario o deudor tendría dos acciones: una civil conforme al artículo 2395 para obtener la reducción del interés convencional demostrando estar en el caso de ese precepto y cuyo efecto sería para lo futuro y la acción penal mediante la denuncia al Ministerio Público para que hubiese la restitución y reparación del daño causado, remediando así la situación pasada, si el caso llega a constituir un fraude conforme al artículo 387 fracción VIII del Código Penal.

El caso de lesión en nuestro Código está clasificado entre los de nulidad relativa, conforme al artículo 2228 pero al mismo tiempo el artículo 17 provoca un problema de técnica, en virtud de que nos habla de una acción de rescisión o de disminución de la prestación, señalando también un término para intentarlas. De esta suerte, lo que en el Código alemán es nulidad absoluta, en el artículo 17 rescisión,* en el artículo 2228, nulidad relativa, en el Código Penal delito de fraude, y en el mutuo con interés contrato válido, sujeto simplemente a reducción. Tenemos, pues, una variedad de criterios para solucionar este problema jurídico. El artículo 2396, desde otro punto de vista, permite, para combatir la usura, llegar a una rescisión especial del contrato. Para los casos en que el interés sea superior al legal y se haya estipulado un plazo, el deudor puede, después de seis meses de concertado el contrato y mediante aviso previo de dos meses, reembolsar el capital antes de que fenezca el término fijado. Es una rescisión especial porque en definitiva obliga a respetar el contrato por 8 meses, 6 que se imponen como previos para dar aviso y 2 que deben pasar después de éste. El deudor, si el mutuante

* Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, el 27 de diciembre de 1983, el artículo 17 del Código Civil fue reformado en el sentido de que el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación. Ya no existe contradicción entre el artículo 17 y el artículo 2228, puesto que ambos, después de la reforma, señalan nulidad relativa.

se rehusa a recibir la cantidad, hará consignación de ella y quedará liberado.

Podemos armonizar todas estas situaciones especialísimas, relativamente al contrato de mutuo con interés, diferenciando los casos de fraude y los de lesión tal como la prevé el artículo 2228, para poder abarcar las consecuencias restitutorias de la nulidad; o bien, concretar el caso a un problema civil de acto válido, pero con una acción para obtener sólo la reducción equitativa del interés, conforme al artículo 2395.

6.—*Anatocismo.*—El anatocismo es un pacto por virtud del cual mutuante y mutuatario convienen en que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez, nuevos intereses. En el artículo 2397, siguiendo la misma tendencia de proteger al mutuatario, prohibe la capitalización de intereses, es decir, el pacto llamado de anatocismo, lo que constituía otra forma de lesión tolerada por el Código de 1884 dentro del principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el precepto no es absoluto, sólo declara nulo el pacto en que de antemano se estipule la capitalización de intereses; pero puede el deudor, después de causados, otorgar un contrato nuevo, para capitalizarlos. Dice así el citado artículo: "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses".

"Se llama anatocismo la capitalización de intereses, que los hace a su vez productivos de intereses, como si fuesen capital, a medida que llegan a su vencimiento.

Peligros del anatocismo.—La capitalización de los intereses es peligrosa porque aumenta con rapidez el pasivo de los deudores poco afortunados, que no pueden pagar regularmente los intereses de sus deudas. Supongamos el tipo de interés fijado al 4%. Si los intereses no son pagados, y se suman cada año al capital, éste se duplicará más o menos en diecinueve años.

Prohibición de Justiniano.—Ya en la antigüedad se habían experimentado los peligros del anatocismo. Muchos usureros abusaban de esta convención, que a primera vista parece favorable a los deudores, pues los dispensa de pagar anualmente los intereses, pero que tiende a agobiarlos rápidamente bajo el peso de sus deudas. Justiniano, extremando las restricciones establecidas por la legislación anterior, terminó por prohibir el anatocismo de una manera absoluta (Código de Justiniano, Libro IV, tít. 32, Ley 28).

Reglamentación moderna.—El antiguo derecho había conservado la prohibición romana; pero el Código civil no la reprodujo. En 1804 úni-

camente se disminuyeron los peligros del anatocismo reduciendo su empleo por diversas restricciones. Esta reglamentación contenida en los artículos 1154 y 1155, varía según la naturaleza de los intereses de cuya capitalización se trate". (M. Planiol, ob. cit., pág. 454).

"En cuanto al devengo de réditos por los intereses vencidos, nuestro primer Tribunal ha mantenido constantemente una doctrina ajustada a los más severos principios de la equidad y del derecho. "La ley de 14 de mayo de 1856 —dice en sus sentencias de 18 de enero de 1873 y 16 de diciembre de 1887— lejos de autorizar réditos de réditos, dispone que durante el término del contrato los intereses vencidos y no pagados, no pueden devengar intereses, y si permite que los líquidos no satisfechos puedan capitalizarse y estipularse de nuevo réditos sobre el aumento del capital, este pacto será nulo si no consta por escrito. Ha declarado también, que la sentencia mandando abonar el importe del principal y los intereses pactados, no se refiere a los réditos que éstos pudieran haber devengado, por ser principio de justicia y de jurisprudencia práctica el no devengarse réditos de réditos (Sentencia de 28 de octubre de 1887). Tampoco pueden equipararse, en sentir del Supremo, los intereses del dueño con la indemnización de daños y perjuicios, dando a aquéllos este carácter". (22 de enero de 1863).

Sin embargo, el Código en su artículo 1109 dispone, que los intereses vencidos devengarán el interés legal desde que fueren reclamados judicialmente". (Manresa, ob. cit., t. XI, págs. 645 y 646).

7.—*Teoría de la imprevisión.*—Este problema de la lesión también debe relacionarse con el de la teoría de la imprevisión de los contratos. Constituye un caso en que esa teoría ha recibido su reconocimiento expreso en la ley, de tal suerte que, lo que es imprevisto en los demás contratos, está previsto en el de mutuo. El legislador no ha podido todavía resolver este problema para todos los demás contratos, elaborando una regla general que dé un criterio al juez, para modificar los contratos ante circunstancias extraordinarias que eviten de tal manera su cumplimiento o que lo hagan en ocasiones imposible desde el punto de vista económico. Para el mutuo con interés, ha dado una regla que puede servir como criterio para los casos generales de imprevisión. Es decir, podría sostenerse que cuando las circunstancias se alteren en forma tal que uno de los contratantes se encuentre imposibilitado para poder cumplir sus obligaciones, por una crisis económica, el juez podrá decretar una reducción equitativa en el monto de las mismas.

8.—*Manifestación del consentimiento.*—Para terminar el estudio de los elementos de validez, sólo nos resta decir que en el mutuo, el consentimiento puede manifestarse expresa o tácitamente, y por tanto, es consensual en oposición a formal; que no necesita para su validez ni siquiera la expresión verbal cuando, de los actos ejecutados, se desprenda

claramente la voluntad tácita de dar y recibir en mutuo. Por consiguiente, los sordomudos que no estén incapacitados legalmente, pueden celebrar este contrato, bien sea recurriendo a la mímica, en cuyo caso habría consentimiento expreso a través de las señas, o ejecutando actos que revelaren claramente la intención de dar y recibir en mutuo. Sin embargo, se presenta el problema de saber distinguir en estos casos el mutuo de la donación. Por ello el consentimiento tácito para ser válido en el mutuo, debería darse en condiciones tan especiales, que propiamente, analizando los casos, tendríamos que irlos eliminando por la duda entre donación y mutuo. En España el mutuo es un contrato formal cuando excede de 1,500 pesetas.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 189.

Como medida de seguridad, se recurre no sólo a la expresión verbal, sino a la forma escrita y, en ocasiones, como formalidad ad probationem, debe otorgarse el mutuo, por conveniencia procesal, en escritura pública, sobre todo para la procedencia de la acción ejecutiva.

José Arias, Contratos Civiles, t. II, pág. 370.

9.—*Obligaciones del mutuante. Trasmisión del dominio.*—Según la definición y considerando que en el Código vigente el mutuo es un contrato bilateral, el mutuante está obligado a trasmitir el dominio de la cosa fungible al mutuatario. La trasmisión del dominio de la misma se rige por las normas generales, de tal suerte que no se operará la traslación de la propiedad, sino hasta que la cosa se haga cierta y conocida de la otra parte.

10.—*El problema de los riesgos y la evicción.*—Tiene interés determinar en el mutuo, el momento en que se trasmite la propiedad al mutuatario, para resolver el problema de los riesgos y, también, para el caso de evicción. En cuanto al primer problema, existe el principio general de que los géneros nunca perecen. Como el mutuo recae sobre géneros, tenemos la aplicación inmediata de este principio para dicho contrato. La regla de que nunca perecen los géneros, supone que no ha existido la entrega real, jurídica, virtual o ficta, puesto que si se hace la entrega en cualquiera de esas formas, o el mutuatario manifiesta conocer la cosa, de tal manera que ésta se individualice, ya la regla deja de tener aplicación.

La cosa genérica se convierte por la entrega o por el conocimiento que de la misma tenga el mutuatario, en un bien individualmente de-

terminado. El principio citado, en este caso, no se aplica por dos razones: primera, porque ya no se trata de géneros; segunda, porque la cosa perece siempre para el dueño de la misma, que en el caso es el mutuatario, a quien se le trasmitió el dominio desde el momento en que la cosa se hizo cierta y determinada con su conocimiento.

11.—*Entrega de la cosa.*—Una segunda obligación del mutuante consiste en entregar la cosa al mutuatario, como consecuencia de la trasmisión de la propiedad operada en su favor. La entrega de la cosa se rige de acuerdo con las normas generales que hemos estudiado para la compraventa, siguiendo el principio de la exactitud en los pagos, es decir, la entrega de la cosa debe ejecutarse exactamente en tiempo, lugar, modo y substancia.

12.—*Vicios ocultos y defectos de la cosa.*—Otra obligación del mutuante consiste en responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada, siempre y cuando los conozca y no los manifieste al mutuatario. Dice al efecto el artículo 2390 del Código vigente: "El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuatario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuatario".

13.—*Saneamiento.*—El mutuante tiene además la obligación de responder por la evicción. Es decir, siguiendo la regla general, si el mutuatario es privado de la cosa por virtud de sentencia ejecutoriada anterior a la traslación del dominio, el mutuante debe responder, excepto si categóricamente por pacto expreso, el mutuatario acepta los riesgos de la evicción, o cuando no denuncia el pleito oportunamente al mutuante, cuando celebra transacción, compromiso en árbitros, o cuando sea anterior al contrato la causa que motiva la evicción, o imputable al mutuatario.

14.—*Obligaciones del mutuatario. Restitución. Ley Monetaria.*—El mutuatario tiene como principal obligación la de restituir bienes de la misma especie, calidad y cantidad, de los que haya recibido en mutuo. Esta restitución por equivalente tiene su aplicación tanto para bienes fungibles en general, como para obligaciones en dinero. Existe una especie

de alea o eventualidad que soporta el mutuatario en su provecho o perjuicio por todos los cambios de valor de los bienes fungibles, tanto si se trata de géneros como de cantidades en dinero. Por consiguiente, el deudor no puede exigir compensación cuando el valor de los géneros sube extraordinariamente, ni tampoco puede el mutuante exigirla cuando baje de manera sensible.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 270.

Por este motivo dispone el Código Civil que en las obligaciones en dinero el mutuatario deberá devolver no la misma especie recibida, sino la moneda que tenga curso legal en el momento de efectuar el pago.

Josserand, ob. cit., t. II, vol. II, pág. 271.

Respecto a las obligaciones monetarias, se ha entendido de dos maneras el principio de restitución por equivalente. Una doctrina considera que todo pago debe ser exacto y que la exactitud en la sustancia obliga al mutuatario a entregar en la misma especie convenida. Además, debe respetarse el principio de la obligatoriedad en el contrato, la autonomía de la voluntad, de tal manera que si las partes estipulan que determinada especie de moneda deberá ser restituida, el mutuatario, para cumplir con el principio de exactitud en la sustancia, entregará esa especie. Este fue el régimen vigente hasta 1905. Decían así los artículos 1453 y 2690 del Código Civil de 1884: "Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida, y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida". "Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuatario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que éste tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida".

La citada Ley Monetaria promulgada el 25 de marzo de 1905, dispuso en sus artículos 20 y 21 lo siguiente:

Art. 20: "La obligación de pagar cualquiera suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representan. Por

tanto, las oficinas públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente".

Art. 21: "Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso, tienen poder liberatorio ilimitado. En cuanto a las otras monedas de plata, a la de níquel y a las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago, en cantidad no mayor de veinte pesos para las monedas de plata, y de un peso para las de níquel y las de bronce".

El artículo 23 de dicha Ley consagró el principio fundamental del régimen monetario moderno, estimado de orden público y, por lo tanto, irrenunciables los preceptos que imponen la obligación de recibir el pago de las deudas en dinero, precisamente en la especie de curso legal y, por lo tanto, sancionó con la nulidad de pleno derecho cualquier estipulación en contrario. Decía así dicho precepto: "Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciables. En consecuencia, toda estipulación en contrario será nula de pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal".

La vigente Ley Monetaria de 27 de julio de 1931, con sus reformas, reproduce fundamentalmente los mismos principios de la ley de 1905. Disponen así los artículos relativos:

Art. 4o.: "Los billetes del Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado".

Art. 7o.: "Las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes de Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2o. bis, podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago."

Art. 8o.: "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su ley orgánica.

Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de instituciones de crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas

en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor."

Art. 9o.: "Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula".

Para una segunda tesis, derivada de dicha ley de 1905, en las obligaciones en dinero no debe restituirse la misma especie, aun cuando se hubiese así convenido. Debe devolverse el bien equivalente y éste es la moneda que tenga curso legal. El carácter fungible de la moneda por disposición de orden público, por un interés social indiscutible, exige que el valor nominal de la misma sea el que se tome en cuenta para determinar su poder liberatorio y no su valor intrínseco o real. Como el bien fungible se determina por su poder liberatorio equivalente en los pagos, la moneda tiene un poder liberatorio nominal, aunque cambie de especie y, por consiguiente, la moneda de curso legal será el bien fungible equivalente que, conforme a la naturaleza aleatoria del contrato, deberá restituir el mutuatario (Art. 2389); ya también con anterioridad, en el Código de Comercio, se había reconocido este principio que para los préstamos civiles la ley monetaria de 1905 consagró de manera categórica.

15.—*Restitución en tiempo, lugar, forma y sustancia convenidos.*— La segunda obligación del mutuatario consiste en restituir en el tiempo y lugar convenidos; a falta de convenio, la ley contiene reglas especiales. Si no se ha fijado el tiempo de restitución, dependerá éste de la naturaleza de la cosa. Al efecto dispone el artículo 2385: "Si en el contrato no se ha fijado plazo para la devolución de lo prestado, se observarán las reglas siguientes: I.—Si el mutuatario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos; II.—Lo mismo se observará respecto de los mutuatarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título; III.—En los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080". Se trata en el caso, de una derogación de importancia, ya que la regla general en las obligaciones de dar es la de restituir 30 días después de la interpelación judicial o extrajudicial

(Art. 2080). Esta regla se aplica para los préstamos que recaigan sobre toda clase de bienes fungibles. En la fracción III del 2385 se aplica la regla mencionada para estimar que, engendrado el mutuo, obligaciones de dar, el mutuatario debe restituir 30 días después de la interpelación, cuando no haya plazo.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 450.

En cuanto al lugar, el mutuatario debe restituir en diferentes lugares según sea la naturaleza de la cosa prestada. Distingue así el Código, entre efectos y cantidades en dinero. Estas deben restituirse, a falta de convenio, en el domicilio del deudor. Los efectos, en el lugar en que se entregaron. Reconoce pues el Código dos fueros: 1o., el del domicilio del deudor para los préstamos en dinero; y 2o., el de recepción de la cosa, para los efectos.

Los otros principios que rigen la exactitud en los pagos, o sean, exactitud en la sustancia y en el modo, también se observan para la devolución de la cosa, sólo que ya expusimos las diversas interpretaciones que tiene el principio de la exactitud en la sustancia por lo que se refiere al mutuo, es decir, significa devolver siempre géneros de la misma especie, calidad y cantidad, y, en las obligaciones monetarias, la cantidad en moneda que tenga curso legal, independientemente de que su valor intrínseco, sea diferente del nominal o de que la especie entregada haya dejado de tener circulación. Por razones de interés público, el deudor no puede estar obligado a conseguir la especie de moneda que ha dejado de tener curso legal, y se declara nulo el pacto que imponga la devolución en determinada especie.

Enneccerus, ob. cit., v. II, pág. 221.

En cuanto a la forma o modo, sólo significa que el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales. Luego el mutuatario debe en una sola entrega pagar intereses y suerte principal. Si el mutuante acepta entregas parciales, primero se imputarán a los intereses y luego a la suerte principal.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 450 y 451.

16.—*Vicios y defectos ocultos.*—Otra de las obligaciones del mutuatario consiste en responder de los vicios y defectos ocultos de la cosa restituida y de la evicción. Aunque el Código no lo diga de manera espe-

cial, aplicamos las reglas generales: como la restitución implica el cumplimiento de una obligación de dar, en todos los casos en que derive de un contrato conmutativo, el enajenante está obligado a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada y del saneamiento para el caso de evicción.

17.—*Saneamiento.*—Respecto de la evicción también el mutuatario estará obligado al saneamiento, cuando el mutuante la sufra, es decir, cuando un tercero lo prive de la cosa por sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho anterior a la restitución. La evicción que padece el mutuante en este caso, se equipara a un no pago, y tendrá, por tanto, expedita nuevamente su acción para exigir el pago en la forma y términos convenidos.

Tenemos una disposición que, por analogía, podríamos aplicar al caso de evicción en la restitución de la cosa. Esta norma se halla en el capítulo del pago para el caso de que el acreedor acepte cosa diferente de la debida. Es decir, para la hipótesis de la dación en pago; si en ésta el acreedor sufre evicción, renace la obligación primitiva para exigir nuevamente el cumplimiento de lo debido. Disponen en este sentido los artículos 2095 y 2096: "La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida". "Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago".

Jurisprudencia Definida hasta la fecha

Mutuo, contrato de. El administrador único de una Sociedad Anónima puede celebrarlo, aún cuando sea superior al monto del capital social.—Alfonso González Gutiérrez, en su carácter de Administrador Unico de la Sociedad ahora quejosa. sí tenía facultades para celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria de que se trata, no importando que la cantidad mutuada haya sido superior a capital social de la sociedad en ese momento, pues el Administrador Unico de una sociedad anónima, por ser el órgano de representación y de gestión de los negocios sociales, puede realizar actos de disposición sobre los bienes sociales cuando los autoricen expresamente los estatutos y, como en el caso, los estatutos sociales de la sociedad quejosa confirieron facultades de dominio al Administrador Unico, éste puede efectuar las operaciones necesarias para la consecución del objeto social, como lo fue el celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria de referencia,

amén de que no existe disposición legal alguna que prohiba al Administrador Unico contraer gravámenes a nombre de la sociedad, aun cuando éstos sean por una suma mayor al capital social, o que la Asamblea Extraordinaria de Accionistas sea la que deba acordar su autorización, y de no ser asi, opere la nulidad del contrato de mutuo celebrado; por otra parte, debe hacerse notar que el hecho de que el Administrador Unico de la sociedad quejosa haya obligado a ésta por una cantidad mayor a su capital social, no puede ser causa de nulidad del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, sino que, en dado caso de que la sociedad llegase a ser insolvente, sería problema del acreedor al no poder, en un momento determinado, recuperar la cantidad mutuada, pero no, como ya se dijo, de nulidad del multicitado contrato, y mucho menos cuando la hace valer la parte acreditada, que es quien se beneficia con ese contrato, al lograr la prosecución del objeto social, cuando se trata de una sociedad. Además, cabe agregar, el Administrador Unico, cuyas facultades fueron señaladas en los estatutos de la escritura constitutiva de la sociedad, es responsable de sus actos como tal ante ésta, y a su vez la sociedad se obliga frente a terceros, por lo que, en el caso, Club Innisfree Puerto Vallarta, S. A. (hoy Club Vacacional Macumba, S. A.), debe responder del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, suscrito por su Administrador Unico. Ahora bien, de acuerdo con diversos preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles; "La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración" (art. 178); a su vez, se ocupa "de hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quiénes de los primeros han de usar la firma social" (Art. 100, fracción IV); es decir, que "la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad" (art. 142); en consecuencia, los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen" (art. 157); y "la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163" (art. 161). Lo anterior significa que la Asamblea General de Accionistas, como órgano supremo de Club Innisfree Puerto Vallarta, S. A. (hoy Club Vacacional Macumba,

S. A.), tuvo la facultad de nombrar al ingeniero Alfonso González Gutiérrez como Administrador Unico de la sociedad, quien, a su vez, tiene la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de la ley de los estatutos sociales, por lo que deberá responder ante la Asamblea General de Accionistas por los actos que haya realizado a nombre de la sociedad.

Amparo directo 5818/79.—Club Innisfree Puerto Vallarta, S. A. (hoy Club Vacacional Macumba, S. A.).—9 de octubre de 1980.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.—Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 54. Pág. 57.

Mutuo. Caso en que el emplazamiento no tiene el efecto de constituir en mora al deudor respecto de abonos vencidos con anterioridad a ese acto procesal, y no pagados.—Si en un contrato de mutuo se estipula que el acreedor debe indicar al deudor el domicilio donde ha de hacer los pagos, pero omite hacerlo y además, no demuestra haber requerido de pago al deudor, éste no puede incurrir en mora, aun cuando conforme al artículo 259, fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, uno de los efectos del emplazamiento sea producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiese constituido ya en mora el obligado; pues si la acción se funda en que el deudor estaba en mora al ser presentada la demanda y el actor no solamente pretende cobrar los abonos dejados de cubrir, sino dar por vencido anticipadamente el plazo de pago estipulado en el contrato y cobrar la totalidad del crédito, el emplazamiento no tiene el efecto de actualizar la causa invocada al ejercitarse la acción, en virtud de no estar consumada la mora con anterioridad a la presentación de la demanda.

Amparo directo 1400/79.—Mario Aleixandre Sariñena.—5 de septiembre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Leonel Valdés García.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 16. Pág. 162.

TITULO V

CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO

CAPITULO I

COMODATO

1.—*Definición y caracteres.*—Trataremos del comodato como el primero de los contratos traslativos de uso.

El comodato es un contrato por virtud del cual una persona llamada comodante, se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, a otra persona llamada comodatario, quien se obliga a restituirla en su propia individualidad.

El artículo 2497 del Código en vigor da la siguiente definición: "El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

Tratado de Derecho Civil, Enneccerus, Kipp y Wolff, t. II, v. II, pág. 211.

Según esta definición, el comodato se caracteriza como un contrato traslativo de uso de bienes no fungibles, gratuito, principal y bilateral en el Código vigente, ya que engendra obligaciones recíprocas: en el comodante, conceder el uso gratuito de una cosa y en el comodatario, la restitución de la misma. Este contrato es siempre gratuito, no hay provechos y gravámenes recíprocos; exclusivamente el comodante sufre los gravámenes y el comodatario percibe los beneficios. En el comodato tenemos la demostración de que no hay siempre correspondencia entre el carácter bilateral y el oneroso, como generalmente se cree.

Rugiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, págs. 538 y 539.

Conforme al Código de 1884, el comodato se caracterizó por ser unilateral y gratuito, como consecuencia de ser un contrato real. El Código en vigor considera que el comodato es consensual; que existe antes de la entrega de la cosa, por la simple obligación del comodante de realizarla después, para conceder el uso de la misma. Lógicamente, al suprimirse el carácter real del contrato, se convirtió en bilateral, pues la entrega de la cosa en el Código actual es una obligación derivada del contrato ya formado, en tanto que en la legislación anterior era un elemento de formación del mismo, es decir, se realizaba previamente al nacimiento de toda obligación. Por esto, desde un punto de vista lógico, podemos decir que como consecuencia de haber sido el comodato un contrato real, desde el derecho romano hasta el Código anterior, era unilateral y que en la actualidad, por ser un contrato consensual, es bilateral.

El comodato, como contrato real o consensual, ha sido siempre por esencia gratuito; si se estipulase una prestación por el uso de la cosa, se convertiría en un arrendamiento.

El comodato es un contrato de tracto sucesivo, es decir, se realiza en una serie de prestaciones a través del tiempo, en oposición a los contratos instantáneos que quedan cumplidos por la ejecución de una sola prestación.

Manuel Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil.—Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, t. V, Tratado de Obligaciones y Contratos, México, 1896, pág. 177.

2.—*Distinción entre comodato y los derechos reales de uso y habitación.*—El comodato nos presenta por su naturaleza jurídica, el primer problema de diferenciación entre los derechos reales y los personales. Tanto en los derechos personales del comodatario, como en los del arrendatario, existe un problema de diferenciación, si se les compara con los derechos reales del usuario, habituario o usufructuario. La enunciación del problema nos está indicando que existe una diferenciación en la naturaleza de estos derechos patrimoniales, por cuanto que el comodato y arrendamiento engendran derechos de crédito y el usufruto, uso y habitación, derechos reales.

Desde el punto de vista jurídico, la diferencia es la misma que existe entre la esencia del derecho real y la del personal; o, en otras palabras, entre el poder jurídico directo e inmediato que se ejerce sobre una cosa, característica esencial de los derechos reales, y la facultad de exigir un acto de conducta a una persona. En ambos casos sí advertimos, desde el punto de vista conceptual, una diferencia: el usuario tiene un poder jurídico inmediato para el aprovechamiento parcial de una cosa. No tiene

una facultad en contra del nudo propietario para exigirle un acto de conducta; aun cuando el uso o la habitación puedan nacer de contrato, de una relación jurídica concreta entre dos partes, ésta sólo es preparatoria para lograr este efecto: que nazca un poder jurídico directo e inmediato para el aprovechamiento de una cosa, en favor de una persona que no tiene la propiedad sobre ese bien. Por ello, todo derecho real siempre será un poder jurídico que el titular ejerza sobre la cosa sin recurrir a un intermediario, sino de manera directa e inmediata.

En cambio, el comodatario, tiene la facultad de exigir un acto de conducta al comodante. Este acto consiste en que le entregue un bien de su propiedad, no fungible, de manera gratuita y permita que lo use sin alterar su forma ni sustancia. Es decir, que en el origen mismo del derecho real o personal, hallamos la diferencia buscada. El derecho personal del comodatario, nace como una simple facultad de exigir un acto de conducta; el derecho real del usuario o habituario, nace como poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 180 y 181.

3.—*Distinción por la fuente.*—El derecho real puede nacer del contrato, del testamento, de la ley, de la prescripción y del acto jurídico unilateral. Esas son las cinco fuentes posibles de los derechos reales. El usufructo reconoce a su vez las siguientes causas genéticas: contrato, acto unilateral, testamento, ley y prescripción. Las servidumbres también nacen de esas fuentes y el uso y la habitación siguen la misma regla del usufructo. Los artículos 981, 1053, 1067, 1113 y 1114 del Código vigente confirman este aserto.

En cambio, los derechos que conceden el arrendamiento y el comodato y que tienen cierta analogía con los derechos de usufructo, uso y habitación, sólo nacen de los contratos respectivos. El comodato no puede crearse por ley, por prescripción o por testamento, pues es por esencia un contrato y así lo define la ley, de tal suerte que esta relación jurídica sólo puede tener esa fuente.

4.—*Por el grado de aprovechamiento.*—Definida la diferenciación por la fuente o causa jurídica eficiente de estos derechos, también podemos mencionar diferencias en cuanto al grado de los mismos: En el uso y en la habitación, el poder jurídico permite al titular obtener un provecho económico más intenso que en el comodato. El usuario puede apropiarse los frutos necesarios para su sostenimiento y el de su familia; en

cambio el comodatario no tiene derecho a los frutos de la cosa. Véanse al efecto los artículos 1049 y 2501.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 212.

El uso y habitación son de naturaleza vitalicia; cuando no se concede un plazo se dan por toda la vida del habituario o usuario. En el comodato cuando no se señala un término, el derecho del comodatario depende de la voluntad del comodante, que en cualquier momento puede exigirle la devolución de la cosa. (Arts. 986 y 2511).

En el artículo 2512, se permite exigir la cosa aun cuando se conceda plazo antes de que llegue éste, si el comodante tiene necesidad urgente de la misma.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 539.

El derecho del comodante tiene en este caso las mismas características. Es intrasmisible y el comodato termina con la muerte del comodatario. Véanse los artículos 1051, 2500 y 2515.

5.—*Elementos esenciales.—El objeto.* — Respecto a los elementos esenciales, sólo tiene interés hablar del objeto. El consentimiento sigue las reglas generales. El objeto indirecto (pues el directo es crear obligaciones entre las partes) en el comodato consiste, según el Código, en cosas no fungibles, es decir, en bienes que no son intercambiables, que no tienen el mismo poder liberatorio en los pagos, ya que se caracterizan individualmente; por tanto, son insubstituibles y el comodatario debe restituir exactamente la cosa recibida. Sin embargo, se pueden dar en comodato bienes fungibles bajo la declaración expresa de que se restituirán exactamente las cosas entregadas, que por voluntad de las partes no tendrán su destino natural, sino uno especialísimo. Por ejemplo, cuando se dan en comodato para muestras, determinadas mercancías, cuyo destino natural es ser consumidas, pero que por voluntad de las partes, sólo servirán de muestras y serán restituidas individualmente. Art. 2498: "Cuando el préstamo tuviere por objeto cosas consumibles, sólo será comodato si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente". De aquí desprendemos el principio de lo que es esencial en el comodato, o sea, la restitución individual; de tal manera que la cosa debe ser no fungible para que pueda restituirse exactamente como se ha entregado.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, págs. 211 y 212.

También se observa en los Códigos una confusión entre fungibilidad y consumibilidad. Es decir, como generalmente los bienes fungibles son consumibles por su primer uso, se considera que los términos son equivalentes, y en el comodato se comete el error de decir que este contrato debe recaer sobre bienes no fungibles, cuando en realidad lo que jurídicamente procede es que recaiga sobre bienes no consumibles. Lo que interesa es que el comodatario pueda restituir la misma cosa, y que pueda usarla a la vez, para que el contrato tenga interés jurídico; pero que por el uso no consuma o deteriore la cosa, de tal manera que pueda restituirse conservando sus características. Hay cosas que al primer uso quedan agotadas como los comestibles. Hay otras que resisten un uso continuo, pero que también se van consumiendo como las máquinas. El contrato de comodato no puede recaer sobre los bienes consumibles por el primer uso, ni sobre las cosas que sin consumirse, pierden sus características.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. x, págs. 407 y 408.

6.—*Elementos de validez.—a) Capacidad.*—Por lo que se refiere a los elementos de validez de este contrato, conviene también hacer referencia a la capacidad y a la forma. En la capacidad hallamos como requisito, dada la naturaleza del contrato: 1º La facultad necesaria para contratar; es decir, sólo las personas capaces, como regla general, pueden celebrarlo. 2º Se exige como regla especial, la facultad para conceder el uso de un bien, que no es exclusiva del dominio; no sólo los propietarios pueden dar en comodato. Todas aquellas personas que por virtud de un derecho real o personal tengan el uso de la cosa ajena, si ese uso es transferible, pueden celebrar el contrato de comodato. De esta suerte, el usufructuario que tiene el uso y goce de un bien ajeno puede darlo en comodato, porque su poder jurídico le permite transferir el uso. (Art. 1002). Pero el usuario y el habituario, que tienen el uso de un bien ajeno, no pueden celebrar comodato, porque esos derechos reales les conceden poderes jurídicos personalísimos, intransferibles, según dispone el artículo 1051 ya antes transcrito. En cuanto a los titulares de derechos personales, el arrendatario puede dar en comodato, si su contrato lo faculta para conceder el uso. Veremos en su oportunidad que no puede subarrendar ni conceder el uso de la cosa, sin consentimiento especial o general del arrendador. (Art. 2480).

En los casos de representación legal o voluntaria, el representante, por tratarse de un contrato a título gratuito, debe estar autorizado por la ley o por el mandante para celebrar comodatos. Es decir, los padres,

tutores y en general los demás representantes o administradores de bienes ajenos, no tienen dentro de sus facultades la capacidad de dar en comodato, pues requieren autorización especial. Art. 2499: "Los tutores, curadores y en general todos los administradores de bienes ajenos, no podrán dar en comodato, sin autorización especial, los bienes confiados a su guarda".

El comodatario no puede dar en comodato la cosa que reciba, porque el comodato, como en el caso del uso y de la habitación, concede un uso intransferible, y de esta suerte, la capacidad del comodatario para usar de un bien ajeno no lo faculta para a su vez conceder el uso a otro comodatario, a no ser que esté facultado expresamente por su contrato.

Art. 2500: "Sin permiso del comodante, no puede el comodatario conceder a un tercero el uso de la cosa entregada en comodato".

b).—Forma.—Por lo que se refiere a la forma, el comodato se caracteriza en nuestro Código vigente como un contrato consensual desde los dos puntos de vista que este concepto tiene en el derecho; es decir, no requiere el comodato para su validez, que el consentimiento se manifieste bajo ciertas formalidades, pues puede ser expreso o tácito. Además, si se manifiesta expresamente la voluntad en el comodato puede recurrirse a la expresión verbal, escrita o mímica y en todas estas formas el contrato es válido. La costumbre es que los comodatos de bienes muebles se celebren verbalmente y, en ocasiones, basta la mímica para considerar que el consentimiento se ha manifestado. También el comodato es consensual en el Código vigente, en oposición a real, según ya hemos explicado.

7.—*Obligaciones de las partes.*—En cuanto a las obligaciones de las partes, como este contrato, dada su naturaleza consensual se ha convertido en bilateral a diferencia del Código anterior y del derecho romano en que era unilateral, por ser real, veremos las obligaciones de comodante y comodatario, sucesivamente.

8.—*Obligaciones del comodante.*—Este tiene fundamentalmente cuatro obligaciones: 1ª Conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible; preferimos decir, no consumible. Esta es la obligación principal impuesta por la definición. 2ª Entregar la cosa, la cual, aplicando las reglas del pago, debe ser exacta en cuanto al tiempo, lugar, modo y substancia; y como el Código no prescribe reglas especiales para la entrega, procede aplicar en todo las disposiciones generales del pago, cuyo estudio ya hemos hecho en los demás contratos. 3ª Reembolsar al comodatario de los gastos extraordinarios y urgentes que hubiere hecho para

la conservación de la cosa y que, por su naturaleza, no hubiere comunicado al comodante, para recabar la autorización respectiva. Esta obligación sólo se refiere a gastos extraordinarios y no comprende los ordinarios que son a cargo del comodatario, ya que éste se sirve gratuitamente de la cosa. En ocasiones, reparaciones urgentes y graves, extraordinarias, que no suponen el uso normal de la cosa, pueden ser ejecutadas por el comodatario, sin poder recabar la autorización respectiva. Se da, por ejemplo, en comodato un automóvil y el comodatario tiene que hacer reparaciones extraordinarias y urgentes. Este gasto debe serle reembolsado. En cambio, tendría que hacer los gastos ordinarios para el funcionamiento del vehículo. Supone también el precepto que el gasto sea urgente; de lo contrario, debe pedir autorización al comodante. 4ª Responder de los defectos de la cosa que causen perjuicios al comodatario, si eran conocidos por el comodante, es decir, si procedía de mala fe, pues entonces propiamente nace obligación por hecho ilícito. (Arts. 2513, 2508 y 2514).

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, pág. 196.

9.—*Obligaciones del comodatario.*—Como obligaciones del mismo, tenemos fundamentalmente las siguientes:

1ª—El comodatario debe conservar la cosa con la máxima diligencia, respondiendo de las culpas grave, leve y levísima.

El comodato es el contrato en que la ley ha regulado como mayor cuidado la responsabilidad en la custodia y conservación de los bienes ajenos; también es el contrato que nos sirve de tipo para graduar las culpas: grave, leve y levísima, y definir la jerarquía en la diligencia del obligado, según la naturaleza de los contratos. Desde el derecho romano se distinguieron los tres grados en la culpa, que a su vez corresponden a tres grados de la diligencia (mínima, media y máxima) que debe observarse en la conservación y custodia de los bienes ajenos. Esta clasificación, abstracta por cuanto que prescinde de las personas y toma tipos ideales de conducta, ha sido conservada en nuestro Código para el comodato.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 541.
Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V. págs. 183 y 184.

En el comodato los artículos 2504, 2505, 2506 y 2507, determinan la obligación del comodatario para que proceda con la máxima diligencia en la custodia y fijan su responsabilidad. Dicen así: Artículo 2504: "El comodatario responde de la pérdida de la cosa si la emplea en uso

diverso o por más tiempo del convenido, aun cuando aquélla sobrevenga por caso fortuito". Artículo 2505: "Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos, ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra". Artículo 2506: "Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio si no hay convenio expreso en contrario". Artículo 2507: "Si la cosa se deteriora por el solo efecto del uso para que fue prestada, y sin culpa del comodatario, no es éste responsable del deterioro". El artículo 2502, claramente exige el mayor cuidado al decir que el comodatario está obligado a poner "toda diligencia", y para aclarar este concepto procede el Código ejemplificando, de tal suerte que el comodatario responde aún del caso fortuito o de la fuerza mayor (excepción que no se acepta para los demás contratos) si la cosa se pierde cuando ha sido estimada, porque se presume que el solo hecho de valorar la cosa, revela la intención en el comodante, de que si se pierde en el caso fortuito, se restituya el precio en que se estimó. No tendría sentido ninguno valorar la cosa, si no fuera para que el comodatario respondiera incluso en el caso fortuito. No es menester estipularlo así para que se pague la cosa, pues basta con su valorización, para que incluso se responda del caso fortuito.

2ª—El comodatario debe sufragar todos los gastos que sean necesarios para la conservación de la cosa; pero sólo en tanto que sean los ordinarios. Para los extraordinarios y de tal manera urgentes que no haya podido dar aviso al comodante, éste tendrá que reembolsarlos al comodatario. Artículo 2508: "El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y conservación de la cosa prestada". Artículo 2513: "Si durante el préstamo el comodatario ha tenido que hacer, para la conservación de la cosa, algún gasto extraordinario y de tal manera urgente que no haya podido dar aviso de él al comodante, éste tendrá obligación de reembolsarlo".

3ª—El comodatario debe usar la cosa de la manera convenida, sin alterar su forma ni substancia; a falta de convenio debe usarla según su destino natural.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 50 y 541 .

El comodatario no puede alterar la forma o substancia de la cosa, obligación común en los contratos traslativos de uso: arrendamiento, comodato y aparcería agrícola que sigue ciertas reglas del arrendamiento. También es una obligación común en los desmembramientos del domi-

nio, por cuanto que el usufructuario, usuario y habituario, no pueden alterar la forma o substancia de la cosa. Este deber se funda en la naturaleza del derecho real o personal de que se trate, que impone al deudor o al sujeto activo del derecho real, la obligación de restituir la cosa individualmente.

4ª—El comodatario debe restituir la cosa. Es de todas las obligaciones la principal, contenida en la definición misma del contrato. La restitución debe ser la misma cosa dada en comodato y por esto es requisito que se trate de cosas no consumibles por su primer uso. Art. 2497.

Esta obligación de restituir, como toda obligación de pagar una cosa, queda sujeta a las reglas generales de exactitud en cuanto al tiempo, lugar, modo y substancia, que ya hemos venido comentando para los contratos traslativos de dominio. Por tanto, aplicaremos las reglas generales, ya que se trata de una obligación de dar. Pero, por lo que se refiere al comodato, dada su naturaleza gratuita, que supone además un contrato intuitu personae, se atenúan las reglas estrictas de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes y se permite que, respecto a la entrega de la cosa, exista un factor de libertad en el comodante para dar por terminado anticipadamente el contrato en los casos que después indicaremos.

Respecto de la exactitud en cuanto al lugar, modo y substancia, se aplican las reglas generales sin excepción alguna, es decir, el comodatario debe restituir en el lugar convenido y a falta de convenio en su domicilio; debe devolver íntegramente la cosa; no puede dar cosa diferente de la debida y no puede hacer entregas parciales, cuando la cosa fuere susceptible de división.

5ª—El comodatario responde en algunas situaciones del caso fortuito y de la fuerza mayor. Es decir, se plantea el problema de los riesgos en este contrato bilateral gratuito, no obstante que bajo el Código anterior era unilateral gratuito.

Pero, el comodato, por su naturaleza especialísima en cuanto a la responsabilidad, al exigirse al comodatario la diligencia máxima, haciéndolo responsable de las culpas grave, leve y levísima, constituye una excepción; de tal suerte que, a pesar de ser contrato gratuito, si la cosa perece por caso fortuito o por fuerza mayor, el comodatario está obligado a pagar el precio en que se halle estimado, o si no se estimó, el que determinen los peritos cuando incurra en culpa levísima. Dados los casos que hemos explicado, si no existe culpa levísima, de tal suerte que haya un caso fortuito, para colocarnos en el problema tipo de los riesgos, el comodatario sólo responde si la cosa ha sido valorizada, o bien, si pu-

diendo salvar la cosa dada en comodato, prefiere salvar las propias, sacrificando la ajena.

Planiol y Ripert, Los Contratos Civiles, ob. cit., pág. 411.

10.—*Terminación del comodato.*—En los contratos a término, se impone, por cuestión de método, después de hablar de las obligaciones de las partes, tratar de las formas de extinción o terminación del contrato. Tiene sentido este estudio exclusivamente para los contratos de tracto sucesivo que suponen un término de duración. En cambio, no podemos hablar de terminación del contrato instantáneo, supuesto que por su naturaleza, al realizarse las prestaciones, queda terminado el contrato. Supongamos la compraventa: el contrato queda concluido una vez definidos cosa y precio; pero en el comodato, en el arrendamiento, en la aparcería, en la sociedad, en el contrato de prestación de servicios, en el hospedaje, etc., debe estudiarse la forma de terminación del contrato.

El comodato tiene reglas generales de terminación que impone la lógica misma, y reglas especiales derivadas de su naturaleza gratuita. Las formas generales de terminación de todo contrato a plazo son, respectivamente: 1º—El vencimiento del término. 2º—La realización de una condición resolutoria, cuando se ha estipulado expresamente esta modalidad. 3º—En los contratos de uso, cuando se haya obtenido el que es objeto o materia del contrato, aun cuando no se haya fijado plazo, y 4º—La pérdida de la cosa que comprende en sentido jurídico los siguientes casos: a) Destrucción material de la misma. b) Que ésta quede fuera del comercio. c) Expropiación, y d) Imposibilidad de recuperar la cosa, aun cuando se sepa el lugar en donde se encuentre.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 192 y 193.

Las reglas especiales de terminación del comodato, por su naturaleza gratuita, son las siguientes: El comodato termina: 1º Antes del plazo, cuando el comodatario tiene necesidad urgente de la cosa. 2º A voluntad del comodante, en cualquier momento, cuando no se ha fijado plazo o uso especial. 3º Cuando exista peligro de que perezca la cosa en poder del comodatario. 4º Por destinar la cosa para uso diverso del convenido. 5º Por prestar el comodatario la cosa a un tercero, sin estar facultado por el comodante. 6º Por deteriorarse la cosa por culpa en la custodia, lo cual faculta al comodante para exigir su devolución antes del término. En estos tres últimos casos, en realidad aplicamos la teoría general de que el contrato se rescinde cuando hay culpa en el deudor, es decir, incumplimiento imputable. 7º Por último, el comodato termina

por la muerte del comodatario. Artículo 2515: "El comodato termina por la muerte del comodatario".

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 215.

Se trata también de un caso especial, que no lo hallamos en el arrendamiento o en la aparcería agrícola, y que supone la naturaleza gratuita del contrato, es decir, que se ha concedido el uso en consideración a la persona. Los herederos del comodatario no podrían exigir que la cosa continúe en comodato, para usar de la misma. En sentido distinto en el derecho italiano.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 541 y 542.

CAPITULO II

ARRENDAMIENTO

1.—*Su importancia.*—El arrendamiento es uno de los contratos que tiene mayor importancia tanto teórica como práctica, por los problemas que suscita, por su reglamentación minuciosa en el Código y por su constante aplicación en la práctica.

Nuestro Código vigente sólo comprende dentro del contrato de arrendamiento, una de las formas que reguló el derecho romano, o sea, el arrendamiento de cosas *(locatio conductio rei).* Por consiguiente, ya no incluimos bajo la denominación general de arrendamiento, la prestación de servicios *(locatio conductio operarum),* ni el contrato de obra *(locatio conductio operis),* como sí aconteció en el derecho romano y sigue ocurriendo en el moderno derecho francés, italiano y español.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 455 y 456.

2.—*Definición.*—Se define el arrendamiento como un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante el pago de un precio cierto.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, págs. 136 y 137.

Por tanto, son elementos de la definición del contrato, los siguientes: 1º La concesión del uso o goce temporal de un bien. 2º El pago de

un precio cierto, como contraprestación correspondiente a la concesión del uso o goce, y 3° La restitución de la cosa, supuesto que sólo se transfiere temporalmente ese uso o goce. Art. 2398: "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto".

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, traduc. Cajica Jr., págs. 291 y 292.

3.—*Caracterización.*—El contrato de arrendamiento se clasifica como principal, por cuanto que tiene existencia independiente. Es bilateral, porque engendra derechos y obligaciones recíprocos, es decir, concesión del uso o goce de una cosa y el pago de un precio. Es oneroso, porque impone provechos y gravámenes para ambas partes, respectivamente. Su característica onerosa no depende de que sea bilateral, ya que hemos demostrado que en el comodato, contrato bilateral, bajo el Código vigente, no existe la reciprocidad de provechos y gravámenes. En cambio, en el arrendamiento, el arrendador tiene el provecho de la renta y el gravamen de conceder el uso o goce de la cosa, y el arrendatario tiene el provecho de gozar del uso o goce de la cosa y el gravamen de pagar una renta. Se trata, además, de un contrato generalmente formal, que requiere para su validez constar por escrito. Excepcionalmente puede ser consensual cuando el valor de la renta anual sea inferior a $ 100.00; también excepcionalmente y en fincas rústicas, se exige la escritura pública como formalidad, cuando el monto de las rentas anuales pase de $ 5,000.00.

Por su naturaleza, el arrendamiento es un contrato conmutativo. Insistimos una vez más en que el carácter conmutativo no depende del dato económico de la ganancia o pérdida en la operación celebrada, sino de que los provechos y gravámenes sean ciertos y determinados al celebrarse el contrato.

El arrendamiento es el contrato que se ha considerado como tipo de los llamados contratos de tracto sucesivo, por cuanto que necesita por su naturaleza misma, una duración determinada, para que pueda tener vigencia.

4.—*Arrendamiento civil, mercantil y administrativo.*—Desde otro punto de vista, el arrendamiento se clasifica como civil, mercantil o administrativo. El carácter civil se determina por exclusión: cuando no es mercantil o administrativo, será civil. Es mercantil exclusivamente cuan-

do recae sobre bienes muebles, existiendo, según el Art. 75 del Código de Comercio, el propósito de especulación comercial: "La ley reputa actos de comercio: I.—Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados". No puede haber en nuestra legislación vigente, arrendamiento mercantil de bienes inmuebles. A pesar del propósito de especulación comercial, el arrendamiento de bienes inmuebles es civil, y esto porque el Art. 75 citado expresamente se prefiere a los alquileres de cosas muebles realizados con propósito de especulación comercial. Por ejemplo, los alquileres de mobiliario a una negociación mercantil, mostradores vitrinas, etc.; el alquiler de mercancías como muestras en un comercio.

Se estima que el arrendamiento es administrativo, en atención a la naturaleza de los bienes cuando éstos pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios, es decir, cuando se trate de bienes propios del Estado. Este, puede tener bienes destinados a un servicio público, bienes de uso común y bienes en plena propiedad. Respecto de esta última categoría, se permite al Estado ejecutar actos de dominio o de administración, y entre esos actos, el arrendamiento de esta clase de bienes, que pueda ser de la Federación, de los Estados o Municipios. Tiene interés el arrendamiento administrativo, por cuanto hace a las prohibiciones especiales respecto de los funcionarios o empleados públicos que tienen en administración esos bienes, y que no pueden tomarlos en arrendamiento, siendo nulo de pleno derecho el contrato que ejecuten en contra del precepto prohibitivo correspondiente del Código Civil. Art. 2411: "Los arrendamientos de bienes del dominio público del Distrito Federal o de establecimientos públicos, estarán sujetos a las disposiciones del derecho administrativo, y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones de este título". G.O.DF, 25 de mayo de 2000.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. III, pág. 125.

5.—*Elementos esenciales. El objeto.*—Por lo que se refiere a los elementos esenciales, sólo trataremos del objeto, supuesto que el consentimiento sigue en esto las reglas generales relativas a su formación. En cuanto al objeto, en principio, exceptuando las cosas consumibles por su primer uso, las prohibidas por la ley y los derechos estrictamente personales, todos los bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, pueden ser objeto de este contrato. Lógicamente se impone como limitación, que los bienes corporales o incorporales materia del arrendamiento sean susceptibles de rendir una ventaja económica o una uti-

lidad al arrendatario. Es sobre todo tratándose de bienes incorporales o derechos, como se advierte la necesidad de que sean susceptibles de dar una ventaja al arrendatario. En los derechos, desde luego deben excluirse todos aquellos que son estrictamente personales, pues no son susceptibles de darse en arrendamiento. Los derechos reales y los de crédito, que no son estrictamente personalísimos, sí son susceptibles de arrendamiento; tales por ejemplo, las ventajas económicas del derecho real de autor, o de usufructo y la de los derechos de crédito que no se concedan en consideración a la persona. El artículo 2400 reconoce esta posibilidad general de dar en arrendamiento los bienes incorporales o derechos: "Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohibe arrendar y los derechos estrictamente personales".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, pág. 491.

Josserand, Derecho Civil, t .II, v. II, págs. 131 y 132 de la traduc. de Santiago Cunchillos y Manterola del Cours de Droit Civil Positif Français, Buenos Aires, 1951.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 138.

En cuanto a los bienes corporales, impone el Código dos limitaciones:

1º—Para los bienes que se consumen por el primer uso, supuesto que el arrendamiento implica la restitución de la cosa misma y, además, la concesión del uso debe ser de tal naturaleza que no afecte la forma o substancia del bien. Lógicamente aquéllos no pueden ser dados en arrendamiento, a no ser que se altere el destino natural del bien y se le dé otra aplicación.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 511 y 512.

Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, t. III, pág. 421.

2º—También en el artículo 2400, se prohibe dar en arrendamiento determinadas cosas exceptuadas expresamente por la ley. Por ejemplo, los bienes que constituyen el patrimonio ejidal, no son susceptibles de arrendamiento, o bien, pueden establecerse prohibiciones respecto de ciertas personas. Los bienes del Estado no pueden darse en arrendamiento a los funcionarios públicos o empleados que los administren; los bienes del incapaz no podrán darse en arrendamiento al tutor, a su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales. También dentro de esta prohibición de la ley, están las cosas no determinadas o determinables, y las que se hallen fuera del comercio, es decir, los bienes de uso común y los destinados a servicios públicos. Para esta clase de bienes, el

contrato sería inexistente por cuanto que ya hemos dicho que la imposibilidad jurídica motivada por que la cosa esté fuera del comercio o no sea determinable, origina la inexistencia. En cambio, los arrendamientos concertados violando las prohibiciones impuestas respecto de ciertas personas o cosas, están afectados de nulidad absoluta conforme al artículo 8º, en relación con el artículo 2225, ya que el contrato tendría un objeto ilícito. Artículo 2403: "No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios". Artículo 2404: "Se prohibe a los Magistrados, a los Jueces y a cualesquiera otros empleados públicos, tomar en arrendamiento, por sí o por interpósita persona, los bienes que deban arrendarse en los negocios en que intervengan". Artículo 2405: "Se prohibe a los encargados de los establecimientos públicos y a los funcionarios y empleados públicos, tomar en arrendamiento los bienes que con los expresados caracteres administren".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 516 y 517.

6.—*Elementos de validez. Capacidad.*—En cuanto a los elementos de validez de este contrato, la capacidad es estudiada preferentemente por la doctrina, y por el Código, para reglamentar los casos en los que se puede dar en arrendamiento. Podemos decir en términos generales, que tienen capacidad para arrendar todos aquellos que tengan la plena propiedad o la facultad de conceder el uso o goce de los bienes ajenos. Esta autorización puede ser conferida por mandato, como consecuencia de un contrato, de un derecho real, o por autorización expresa de la ley. O en otras palabras, las personas que pueden arrendar, supuesta su capacidad de ejercicio, son: 1º Los propietarios. 2º Los que por un contrato tienen el uso o goce de un bien, facultados por la naturaleza del contrato para trasmitir ese uso o goce. 3º Los que por virtud de un derecho real pueden conceder el uso o goce de los bienes ajenos, y 4º Los expresamente autorizados por la ley en calidad de administradores de bienes ajenos, para celebrar arrendamientos.

1º—Analizando estas diversas categorías, por lo que se refiere a la primera, únicamente se exige para poder arrendar, que el arrendador tenga la plena propiedad de los bienes, excluyéndose por lo tanto, a los que sólo tengan la nuda propiedad. Para los copropietarios dispone el artículo 2403: "No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios". El arrendamiento se reputa como un acto de administración y, por tanto, no se requiere en principio la capacidad para ejecutar actos de dominio. Los menores emancipados que estén facultados para ejecutar actos de administración res-

pecto de muebles e inmuebles, también lo estarán para dar en arrendamiento. Se observa la tendencia en la ley a equiparar el arrendamiento por más de 5 años, con los actos de dominio, pero, como estas disposiciones especiales se refieren a los administradores de bienes ajenos: tutores, personas que ejerzan la patria potestad, albaceas y síndicos, no es aplicable esta equiparación a aquellos casos en que el propietario directamente celebra el contrato de arrendamientos (Artículos 436, 573 y 1721).

2º—La segunda categoría referente a las personas facultadas para celebrar arrendamientos sobre bienes ajenos, comprende, en primer lugar, a los mandatarios. Las facultades para celebrar el arrendamiento en estos casos, dependerán de los límites del mandato; si el mandato es general para ejecutar actos de administración, el mandatario está capacitado para concertar toda clase de arrendamientos. En este aspecto cabe discutir si el mandato general para ejecutar actos de administración debe sufrir las restricciones que la ley impone a los administradores de bienes ajenos, por virtud de la tutela, el albaceazgo, la patria potestad o la quiebra. Como la noción de actos de administración no está determinada expresamente por la ley, y ésta distingue con precisión el mandato para ejecutar actos de administración, del que se confiere para realizar actos de dominio, en nuestro derecho, dada esta distinción expresa, debe concluirse que en este aspecto, las reglas generales de la representación legal no son aplicables a la voluntaria; y que, por tanto, el mandato general para ejecutar actos de administración, faculta al mandatario para celebrar arrendamiento sobre inmuebles independientemente del plazo concedido al efecto. Las disposiciones conducentes del mandato son los artículos 2553 y 2554.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, pág. 499.

También por contrato puede una persona quedar facultada expresa o tácitamente para dar en arrendamiento. Los contratos que por su naturaleza conceden el uso o goce de los bienes ajenos son respectivamente el arrendamiento, el comodato y la aparcería. Además, por contrato puede constituirse el usufructo, el uso y la habitación. En todos estos casos existe la concesión del uso o goce de bienes ajenos, pero no en todos ellos el concesionario del uso o goce podrá celebrar arrendamientos. El usufructuario sí tiene capacidad para dar en arrendamiento la cosa objeto del usufructo. El usuario o el habituario aun cuando son titulares de derechos reales, éstos se consideran personalísimos y no otorgan capacidad para dar en arrendamiento. El contrato de arrenda-

miento puede a su vez contener la autorización expresa para subarrendar, pero si no existe, el subarrendamiento concertado hace responsable solidariamente al arrendatario y al subarrendatario, y, además, motiva la rescisión del arrendamiento.

3º—En la tercera categoría, están los titulares de derechos reales que puedan celebrar arrendamientos, comprendiéndose en la misma a los usufructuarios, que independientemente del contrato, pueden tener este derecho por la ley, por testamento o por prescripción. Tanto el usufructuario cuyo derecho derive de estas fuentes, como aquel cuyo derecho derive de contrato, están facultados expresamente por el Código para dar la cosa en arrendamiento. En general se permite al usufructuario conceder el uso de la cosa, ceder el aprovechamiento de la misma y celebrar toda clase de contratos, pero, con la limitación de los que celebre como tal usufructuario concluirán al extinguirse el usufructo. Artículo 1002: "El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo". Por lo que se refiere al arrendamiento, expresamente dispone el Código que los arrendamientos concertados por los usufructuarios concluirán con la extinción del usufructo, y si el usufructuario oculta su calidad de tal al arrendatario, será responsable por los daños y perjuicios causados. Artículo 2493: "Si el usufructuario no manifestó su calidad de tal al hacer el arrendamiento, y por haberse consolidado la propiedad con el usufructo, exige el propietario la desocupación de la finca, tiene el arrendatario derecho para demandar al arrendador la indemnización de daños y perjuicios".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, págs. 508 y 509.

4º—Por último, en la cuarta categoría, o sea, la que corresponde a los administradores de bienes ajenos, se comprenden los que ejercen la patria potestad, los tutores, los síndicos, albaceas, representantes del ausente y en general los administradores por virtud de la ley. Al efecto se imponen ciertas limitaciones, sobre todo tomando en cuenta el término del arrendamiento. Los que ejercen la patria potestad y los tutores, no pueden dar en arrendamiento bienes inmuebles por más de cinco años.

Para los tutores, es menester la autorización judicial y la aprobación del curador para celebrar contratos en esas condiciones. Los albaceas no pueden dar en arrendamiento por más de un año sin el consentimiento de los herederos.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, pág. 516.

7.—*Capacidad para recibir en arrendamiento.*—También reglamenta el Código Civil la capacidad para recibir en arrendamiento. Esta capacidad, en general, es la requerida para contratar, pero respecto de ciertas personas se prohibe tomar en arrendamiento, por razones de interés público, en cuyo caso el contrato es nulo de pleno derecho. Los magistrados, jueces y cualesquiera otros empleados públicos, no pueden tomar en arrendamiento los bienes que sean objeto de litigios en los que intervengan; los funcionarios públicos no pueden tomar en arrendamiento los bienes que estén bajo su administración. Artículos 2404 y 2405. El tutor no puede en ningún caso, ni con licencia judicial, tomar en arrendamiento para sí, su mujer, ascendientes, descendientes y hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes del incapacitado. Artículo 569.

8.—*La forma.*—La forma es otro requisito de validez del contrato de arrendamiento. Este, generalmente, es un contrato formal y, excepcionalmente consensual, cuando el monto de la renta anual no pasa de $100.00, en cuyo caso bastará la manifestación verbal del consentimiento. Cuando exceda de esa cantidad, el contrato es formal y es suficiente otorgarlo en un documento privado. Pero, tratándose de fincas rústicas, cuando el monto de la renta anual pasa de $5,000.00 debe otorgarse en escritura pública. Artículos 2406 y 2407: "El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales".

"Si el predio fuere rústico y la renta pasare de cinco mil pesos anuales, el contrato se otorgará en escritura pública".

Cabe hacer notar que el artículo 2406, fue reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del día 21 de julio de 1993, para quedar como sigue: "Artículo 2406.—El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador".

El artículo 2407 fue derogado por el mismo decreto.

Castán Tobeñas, ob, cit., t. III, pág. 128.

CAPITULO III

NATURALEZA DEL DERECHO DEL ARRENDATARIO

1.—*Problema.*—Fundamentalmente este problema tiene por objeto determinar si el arrendatario tiene un derecho real o personal respecto

del bien arrendado. Las características especiales del arrendamiento han hecho pensar (a partir de Troplong, que sostuvo la tesis de que el arrendatario tiene un derecho real), si realmente constituye un derecho de naturaleza mixta con características de real y personal, o bien, un derecho personal como tradicionalmente se sostuvo desde el derecho romano, o, finalmente, como opinan algunos autores, principalmente el citado Troplong, si las facultades jurídicas del arrendatario están organizadas con las características fundamentales del derecho real.

José Arias, Contratos Civiles, Teoría y Práctica, Buenos Aires, 1939, t. II, págs. 28 y 29.

2.—*Características semejantes al derecho real.*—Estas características que tanto preocupan a los juristas han sido estudiadas por Troplong y son las siguientes:

1a.—En los casos de enajenación, el arrendamiento subsiste, por consiguiente, es oponible el derecho del arrendatario al nuevo adquirente; asimismo, éste se subroga en los derechos del arrendador. Artículo 2409: "Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se verificare la transmisión de la propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato. Respecto al pago de las rentas, el arrendatario tendrá obligación de pagar al nuevo propietario la renta estipulada en el contrato, desde la fecha en que se le notifique judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos haberse otorgado el correspondiente título de propiedad, aun cuando alegue haber pagado al primer propietario; a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el mismo contrato de arrendamiento". ¿Se deroga la regla fundamental de que los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan? El adquirente, como tercero, no debería respetar el contrato de arrendamiento; sin embargo, la ley le impone las mismas obligaciones del arrendador. También este efecto del contrato pone a prueba la regla fundamental de los derechos personales, en el sentido de que éstos son siempre relativos y nunca absolutos.

Enneccerus, ob. cit., v. II, págs. 179 y 180.

El carácter relativo de los derechos personales significa que sólo son oponibles al deudor, en tanto que la naturaleza absoluta de los reales quiere decir que son oponibles a todo el mundo y que existe —como explica Planiol— una obligación general de respeto, es decir, una obligación pasiva universal a cargo de todos los terceros, para no violar

el derecho real. En el caso del arrendamiento, el arrendatario opone su derecho al nuevo adquirente. En los derechos reales existen dos efectos principales: la oponibilidad del derecho, y la acción persecutoria de la cosa. En el arrendamiento existe la oponibilidad del derecho.

2a.—No sólo el arrendatario opone su derecho al adquirente, sino que también éste, por virtud de la enajenación, se subroga en los derechos y obligaciones del arrendador y opone, por consiguiente, su derecho para exigir el pago de la renta, y el cumplimiento de todas las demás obligaciones que el contrato impone al arrendatario. Nuevamente hallamos otra derogación a los principios clásicos que regulan la trasmisión de los derechos de crédito. En el arrendamiento hay una transferencia no sólo de derechos, sino también de obligaciones, sin el consentimiento del acreedor. En la cesión de derechos, no existe nada anormal; el acreedor puede ceder sus derechos sin consentimiento del deudor y, por tanto, el arrendador al vender la finca, o el bien materia del contrato, puede ceder sus derechos a exigir el cobro de la renta y demás prestaciones a cargo del arrendatario, pero, no puede ceder sus obligaciones. La regla que consagra el Código vigente y todos aquellos que aceptan la cesión de obligaciones, impone al cedente, deudor en la relación jurídica, la obligación de obtener el consetimiento expreso o tácito de su acreedor. Es lógico que no pueda substituirse el deudor sin obtener la conformidad del acreedor: la solvencia patrimonial y moral del deudor es esencial en la relación jurídica. En el arrendamiento, por virtud de la enajenación, el arrendador cede sus obligaciones, sin el consentimiento del arrendatario que es su acreedor.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 452 a 454.

El Código Civil impone al arrendador un conjunto de obligaciones no sólo de carácter negativo, sino también positivo, estimables en dinero, por tanto, patrimoniales, que en principio no podrían ser cedidas si el arrendatario no diese su conformidad. Sin embargo, basta la voluntad del arrendador para enajenar, sin consultar al arrendatario, para que se substituya el adquirente como nuevo deudor, en esas obligaciones.

3a.—El arrendamiento, cuando pasa de cierto plazo, para bienes inmuebles, debe inscribirse como los derechos reales.

4a.—La competencia respecto del arrendamiento de bienes inmuebles se finca tomando en cuenta la ubicación de la cosa. Es decir, se sigue la misma regla que para los derechos reales sobre inmuebles. En cambio, para los derechos personales, la competencia se determina por regla general, por el domicilio del deudor.

3.—*Análisis de dichas características en función del derecho real o personal.*—Analizaremos sucesivamente esas diversas características, para ver si es posible explicarlas en función de los derechos personales, o si constituyen, como afirma Troplong, atributos propios de los derechos reales.

1a.—Oponibilidad del derecho del arrendatario: Esta oponibilidad del derecho del arrendatario frente al nuevo adquirente no podría explicarse sino admitiendo, o su carácter real, o bien una subrogación legal. La subrogación legal nos permite afirmar que el derecho del arrendatario es oponible al nuevo dueño, conservando su naturaleza de derecho de crédito. En cambio, la oponibilidad nos permitirá afirmar que el derecho del arrendatario es real, si además demostramos que le otorga la acción persecutoria de la cosa.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 153 a 156.

En el derecho del arrendatario no existe una oponibilidad absoluta. Es una oponibilidad referida sólo a un tercero, el adquirente de la cosa.

Manresa, ob. cit., t. X, págs. 451 y 452.

2a.—La segunda característica que se advierte en el arredamiento, consistente en la cesión de obligaciones por parte del arrendador sin el consentimiento del arrendatario, puede ser explicada sin recurrir a la naturaleza real del derecho. En el caso de aceptar la tesis de la subrogación legal, ésta nos permite colocarnos en la hipótesis de que el arrendamiento crea un derecho personal y, además, que como consecuencia de serlo, la subrogación legal es una forma propia de estos derechos, para la transferencia no sólo de los créditos, sino también de las deudas; o en otras palabras, para los derechos personales existen tres formas de trasmisión: cesión de derechos, cesión de deudas y subrogación. Por consiguiente, si logramos demostrar que el caso del arrendamiento, es de subrogación legal, estaremos dentro de la técnica propia de los derechos de crédito para explicarnos una situación que aparentemente contradice la naturaleza de esos derechos.

La subrogación legal se define como la trasferencia de créditos o de deudas por ministerio de la ley, independientemente de la voluntad de las partes en la relación jurídica. Constituye la sobrogación legal otra forma de transferencia de créditos y deudas, pero de una manera especialísima, no depende de la voluntad de los interesados en la relación jurídica.

En el arrendamiento también hallamos un acto jurídico que realiza la transferencia de derechos y obligaciones del arrendador, sin requerir la voluntad o consentimiento del arrendatario. La transferencia de los derechos del arrendador queda suficientemente explicada tanto por la subrogación legal, como por la cesión de créditos. La transferencia de las obligaciones del arrendador sólo puede explicarse por la subrogación legal. A su vez, la oponibilidad de los derechos del arrendatario frente al adquirente, sólo puede explicarse dentro del terreno de la subrogación legal. Como ésta es una institución que rige para los derechos de crédito, no necesitamos, por consiguiente, alterar la naturaleza que tradicionalmente se otorga al derecho del arrendatario, para afirmar que hay un derecho mixto, o un derecho real con características especiales, supuesto que si aceptamos que es un derecho real, tendríamos que reconocer que la oponibilidad de este derecho se restringe a un tercero; que además no tiene acción persecutoria y es una oponibilidad que no consiste en la obligación general de respeto, y no tiene un contenido negativo, como en los demás derechos reales.

3a.—La tercera razón invocada por Troplong consiste en que el arrendamiento se inscribe en el Registro Público de la Propiedad cuando excede de cierto plazo, y que ésta es una característica de los derechos reales. En este aspecto, no tiene consistencia alguna la tesis comentada. El Registro Público es una institución que no sólo se ha creado para los derechos reales. Así se inscriben otros actos como las sentencias, los testamentos, los cambios en la posesión, independientemente de que sean consecuencia o no de un cambio en el dominio o en los derechos reales. Por tanto, no se hace una excepción para el arrendamiento, ni es el único acto o derecho que sin tener características de real, es objeto de inscripción en el Registro Público.

4a.—En cuanto a la competencia que según se dice en materia de arrendamiento, sigue la regla general de los derechos reales, cabe observar que no se funda en la naturaleza real o personal de la acción, sino en razones de economía procesal y de utilidad práctica, para que el juez pueda conocer de los litigios que por su naturaleza caigan en su jurisdicción, sobre todo, tomando en cuenta la ubicación de la cosa para los inmuebles y el domicilio del deudor para los muebles, independientemente de que la acción sea real o personal. Por esto, las acciones reales prendarias se entablan ante el juez del domicilio del deudor y no ante el juez de la ubicación de la cosa. Es decir, no es propio de las acciones reales el fijar la competencia por la ubicación de la cosa, ni es exclusivo de las acciones personales determinarla por el domicilio del deudor, porque tenemos casos de acciones reales sobre muebles que atienden al do-

micilio del deudor, y a su vez, acciones personales sobre inmuebles que toman en cuenta la ubicación de la cosa. El criterio, por tanto, es absolutamente ajeno a la naturaleza real o personal del derecho.

Josserand, ob. cit., t. II. v. II, págs. 157 y 158.

CAPITULO IV

Obligaciones del Arrendador

1.—*Trasmitir el uso o goce temporal de una cosa.*—La obligación fundamental del arrendador consiste en conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario. Esta enajenación temporal se clasifica en nuestro derecho como obligación de dar y tiene interés su clasificación, para aplicar las reglas de las obligaciones de dar, contrariamente de lo que ocurre en el derecho francés, en el cual es una obligación de hacer y, por consiguiente, se aplican las reglas generales de esta clase de obligaciones.

Un elemento esencial de esta primera obligación del arrendador es la concesión temporal del uso o goce. El arrendamiento se ha caracterizado como un contrato temporal ya que si hubiese una enajenación perpetua del uso o goce habría un verdadero desmembramiento definitivo del dominio, además de una contradicción en los propios términos, porque la concesión indicada, por naturaleza debe ser temporal; al decirse que se concede el uso o goce, se supone que llegará un momento en que se restituya la cosa. Si ese momento no puede llegar, propiamente no se transfiere el uso o goce sino el dominio mismo del bien.

En el Código francés el artículo 1709 sólo alude a que el arrendamiento se limite a cierto tiempo. En cambio en una ley anterior del año de 1790, se señalaba como duración máxima de los arrendamientos la de 99 años; se consideró que más de este plazo, ya equivale a una verdadera enajenación y, por consiguiente, a un acto de dominio en sentido estricto.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 133 y 134.

En nuestra legislación, en el año de 1856, como una reacción política y económica para los bienes llamados de mano muerta y, sobre todo, para atacar los bienes de la Iglesia y aquellos contratos simulados de

arrendamiento que se hacían en favor de ella o de sus ministros, se dispuso que aun cuando el arrendamiento se otorgara a perpetuidad, no podría pasar en perjuicio del arrendador, de tres años. Al finalizar este plazo el arrendador tenía acción para exigir la terminación del contrato. Como reacción política fue extrema, porque el plazo dado era demasiado breve para motivar la terminación de un arrendamiento.

En los Códigos de 1870 y 1884 no se habló de una limitación temporal en cuanto a fijar un cierto número de años, pero sí se dijo que la cesión del uso o goce debería ser temporal. El Código actual ha reglamentado ya esta temporalidad en el contrato de arrendamiento en su artículo 2398 que lo define. Una vez leído el artículo se observa que no dice nada respecto al término de duración del contrato para las fincas destinadas a la agricultura, o rústicas. Nos habla de las casas habitación, de las fincas destinadas al comercio o a la industria; por consiguiente, para las fincas rústicas que merecen una reglamentación especial en el Código Civil, puede sostenerse el criterio del anterior, de que basta que el contrato sea temporal, fijando un número determinado de años, para que el contrato sea válido, sin que deba limitarse al plazo máximo de veinte años que se impone para las fincas destinadas a fines industriales. "El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o a la industria". (Artículo 2398).

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., V, págs. 383 y 384.

2.—*Entregar la cosa arrendada.*—Los artículos 2412 fracción I y 2413 del Código vigente, regulan esta obligación del arrendador en los siguientes términos: Artículo 2412: "El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso: I.—A entregar al arrendatario la finca arrendada, con todas sus pertenencias y en estado de servir para el uso convenido; y si no hubo convenio expreso, para aquel a que por su misma naturaleza estuviere destinada..." Artículo 2413: "La entrega de la cosa se hará en el tiempo convenido; y si no hubiere convenio, luego que el arrendador fuere requerido por el arrendatario". Esta obligación se rige en cuanto a su cumplimiento por las normas generales que hemos explicado para las obligaciones de dar; pero estatuye nuestra legislación que, en cuanto al tiempo, si no se fija fecha para la entrega de la cosa, al iniciarse el contrato, ésta se hará inmediatamente que el arrendatario requiera al arrendador, en tanto que para las demás obligaciones de dar

debe haber interpelación seguida de 30 días, para que se hagan exigibles.

Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos, t. X, págs. 589 a 592.
Planiol y Ripert, ob. cit., Los Contratos Civiles, t. X, págs. 601 y 602.

3.—*Reparar la cosa arrendada.*—Otra obligación del arrendador, de importancia por la naturaleza de este contrato de tracto sucesivo, consiste en reparar la cosa, ejecutando todas las obras necesarias a efecto de que pueda prestar al arrendatario el uso convenido o aquel que por su naturaleza esté llamada la cosa a prestar. Como el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo y el arrendador está obligado a entregar la cosa con todos sus accesorios y en estado de servir para el uso convenido, es evidente que esta obligación se mantiene durante el tiempo de vigencia del contrato, porque podría explicarse éste como una serie de prestaciones sucesivas que el arrendador ejecuta en favor del arrendatario, y así como en el momento inicial el arrendador debe entregar la cosa en estado de servir para el uso convenido, en cualquier momento posterior del contrato, dada su naturaleza de tracto sucesivo, debe mantener la cosa en ese estado, de la misma suerte que el arrendatario a través de prestaciones sucesivas va cumpliendo periódicamente su obligación de dar un equivalente por el uso o goce de la cosa. Los artículos 2412 fracción II y 2415 a 2417 regulan esta obligación de reparar a cargo del arrendador.

4.—*Garantizar el uso pacífico de la cosa arrendada.*—Otra obligación que tiene el arrendador, de carácter positivo, consiste en garantizar el goce pacífico de la cosa arrendada, contra actos jurídicos de tercero. Esta obligación del arrendador no se refiere a los actos materiales de tercero, es decir, a los ataques de hecho que un tercero llevare a cabo. El arrendatario tiene expeditas sus acciones en su calidad de tal y si se trata de bienes inmuebles, puede intentar los interdictos para defender la posesión derivada que le concede el contrato, sin perjuicio de que está obligado a poner en conocimiento del arrendador toda novedad dañosa para que éste a su vez pueda defender la cosa. La responsabilidad del arrendador por la perturbación en el goce pacífico de la cosa sólo existe cuando los terceros, fundándose en un derecho adquirido, perturban al arrendatario. Tal sería el caso de un usufructo constituido con anterioridad al arrendamiento; el usufructuario, dado su derecho real oponible a tercero, podrá perseguir la cosa desposeyendo al arrendatario. También en los actos jurídicos de tercero que originen una perturbación, pueden mencionarse la existencia de un embargo, una servi-

dumbre o cualquier otro gravamen anterior. Al respecto, los artículos 2412, frac. IV, 2418 y 2419 regulan esta obligación del arrendador.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 137 y 138.

5.—*Garantizar una posesión útil de la cosa arrendada.*—El arrendador debe garantizar una posesión útil al arrendatario, es decir, responder de los daños y perjuicios que se le causen por los vicios o defectos ocultos de la cosa. Esta responsabilidad es objetiva, no depende de que el arrendador haya conocido los vicios o defectos y procede aún en el caso de buena fe por parte del arrendador. Dada la naturaleza de este contrato, a diferencia del comodato, la renta supone necesariamente el goce de una cosa útil, de tal modo que, si la cosa es inútil o padece de vicios o defectos ocultos, no existe ya interdependencia y solidaridad en las obligaciones recíprocas. No importa que el arrendador desconozca los vicios, o que los mismos se deban a causas ajenas a su voluntad; fundamentalmente falta al cumplimiento de su contrato, si no entrega un valor equivalente al beneficio que recibe.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 152.

Los artículos 2412 fracción V, y 2421 regulan la obligación de que tratamos al estatuir: "El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso: V.—A responder de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores al arrendamiento". "El arrendador responde de los vicios o defectos de la cosa arrendada que impidan el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido o hubiesen sobrevenido en el curso del arrendamiento, sin culpa del arrendatario. Este puede pedir la disminución de la renta o la rescisión del contrato, salvo que se pruebe que tuvo conocimiento, antes de celebrar el contrato, de los vicios o defectos de la cosa arrendada".

Son aplicables en lo conducente los artículos 2142, 2143, 2146 y 2149 que se refieren en general a los vicios o defectos ocultos en los contratos conmutativos.

6.—*Responder de los daños y perjuicios que se causen al arrendatario en el caso de que el arrendador sufra evicción.*— Aun cuando esta obligación es propia de los contratos traslativos de dominio ya que la ley dice que por la evicción el "adquirente" de una cosa es privado de todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de un derecho de tercero anterior a la adquisición, en el caso del arrendamiento, al obtener un tercero la restitución de la cosa arrendada, se pri-

va al arrendatario del uso de la misma. La responsabilidad del arrendador dependerá de que haya conocido el mejor derecho de un tercero o de que ignorase ese derecho.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 154.

En uno y otro caso deberá indemnizar al arrendatario de los daños y perjuicios causados por haber sido privado de la cosa antes del término de expiración del contrato. El artículo 2412 sólo menciona la obligación de garantizar el uso y goce pacífico y útil de la cosa arrendada y las otras que ya hemos analizado; pero no contiene la que en este momento nos ocupa. Sin embargo, en el capítulo relativo a la terminación del arrendamiento se dispone en el artículo 2483 que el mismo puede terminar por evicción de la cosa arrendada. Al decir este artículo en su fracción VIII que el arrendamiento concluye por evicción se acepta la hipótesis de la terminación anticipada y la posibilidad de que se causen daños y perjuicios serios al arrendatario. En los artículos 2434 y 2431 sí se regula esta obligación en los siguientes términos: "Si la privación del uso proviene de la evicción del predio, se observará lo dispuesto en el artículo 2431, y si el arrendador procedió con mala fe, responderá también de los daños y perjuicios". "Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses, podrá pedir la rescisión del contrato". Como la evicción, desde el momento en que procede, supone un mejor derecho de tercero que logra la restitución de la cosa, la responsabilidad del arrendador es independiente de la buena fe, ya que ella procede contra el dueño o poseedor legítimo del bien.

Los artículos 2126 y 2127, según haya buena o mala fe cuando el comprador sufra evicción, son aplicables por analogía para regular la responsabilidad del arrendador en los casos en que el arrendatario se vea privado de la cosa por evicción. En el caso que analizamos, como el arrendamiento supone que la renta se paga por el uso y goce que se va prestando, no hay restitución de precio. En el arrendamiento, los gastos del pleito de evicción no pueden causarse por el arrendatario y en la compraventa si son generalmente erogados por el comprador. En el arrendamiento puede el arrendatario ejecutar mejoras útiles y necesarias tomando en cuenta un largo plazo; antes de obtener el provecho relativo a esas mejoras, es privado de la cosa, está facultado para exigir el importe de ellas, a no ser que en la sentencia se resuelva que el eviccionante las pague.

Estimamos que el arrendatario sí tiene derecho de exigir al arrendador, cuando éste hubiere procedido de mala fe, el pago de las mejoras voluntarias que hubiere hecho en la cosa arrendada, confiado en que podría disfrutar de las mismas durante todo el término estipulado en el contrato. Además, el arrendador debe resarcir al arrendatario, cuando proceda también de mala fe, de todas aquellas ganancias que pudo haber obtenido y que no percibió por la expiración anticipada del contrato, así como de las mermas que en su patrimonio sufriere.

Generalmente en los arrendamientos de fincas rústicas destinadas a la agricultura, de predios para el comercio o la industria, esos daños pueden demostrarse de manera directa. También en los arrendamientos para casas habitación es posible comprobar el monto de las erogaciones, la merma en el patrimonio, realizada por la anticipación en el vencimiento del contrato.

7.—*No alterar la forma de la cosa arrendada, ni estorbar el uso de la misma.*—Además de estas obligaciones de hacer y dar que hemos estudiado, el Código impone al arrendador obligaciones de no hacer, de contenido patrimonial, de carácter concreto, que impiden al arrendador alterar la forma o substancia de la cosa arrendada e impedir o estorbar el uso que debe concederse al arrendatario respecto de la misma. Se trata de una obligación semejante a la del nudo propietario respecto del usufructuario. En ambos casos la cosa debe ser gozada en el estado que tuvo al celebrarse el contrato y, por consiguiente, el arrendador está impedido para alterar su forma o substancia. Tampoco puede intervenir de tal manera que impida o embarace el uso o goce, excepto cuando deba hacer reparaciones en la cosa. Esta excepción es forzosa, porque de lo contrario, el arrendador no podría cumplir con las obligaciones de mantener el bien en condiciones de prestar el uso convenido o el conforme a su naturaleza. Esta obligación está expresamente consagrada en el artículo 2412 fracción III: "El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso: A no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada, a no ser por causa de reparaciones urgentes e indispensables", en relación con el artículo 2414: "El arrendador no puede, durante el arrendamiento, mudar la forma de la cosa arrendada, ni intervenir en el uso legítimo de ella, salvo el caso designado en la fracción III del artículo 2412".

8.—*Pagar las mejoras hechas por el arrendatario y devolverle el saldo que hubiere a su favor al terminar el contrato.*—Los artículos 2423, 2424 y 2422 reglamentan respectivamente las dos obligaciones citadas

en la forma siguiente: "Corresponde al arrendador pagar las mejoras hechas por el arrendatario: I.—Si en el contrato, o posteriormente, lo autorizó para hacerlas y se obligó a pagarlas; II.—Si se trata de mejoras útiles y por culpa del arrendador se rescindiese el contrato; III.—Cuando el contrato fuere por tiempo indeterminado, si el arrendador autorizó al arrendatario para que hiciera mejoras y antes de que transcurra el tiempo necesario para que el arrendatario quede compensado con el uso de las mejoras de los gastos que hizo, da el arrendador por concluido el arrendamiento". "Las mejoras a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior deberán ser pagadas por el arrendador, no obstante que en el contrato se hubiese estipulado que las mejoras quedasen a beneficio de la cosa arrendada." "Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente, a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en este caso depositará judicialmente el saldo referido".

9.—*Preferir al arrendatario que ha durado más de cinco años, cuando ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada y se encuentra al corriente en sus rentas, respecto de cualquier otro interesado en el nuevo contrato.*—Al efecto el artículo 2447 regula esta obligación en los siguientes términos: "En los arrendamientos que han durado más de cinco años y cuando el arrendatario ha hecho mejoras de importancia en la finca arrendada, tiene éste derecho si está al corriente en el pago de la renta, a que, en igualdad de condiciones, en caso de venta sea preferido en los términos del artículo 2448-J de este Código."

CAPITULO V

OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

1.—*Pagar la renta.*—La primera y fundamental obligación del arrendatario consiste en satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos y a falta de convenio, de acuerdo con las reglas que el Código contiene y que veremos a continuación. El artículo 2425 fracción I, dispone: "El arrendatario está obligado: I.—A satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos". La renta, en el arrendamiento, debe consistir en un precio cierto; a diferencia de la compraventa, no debe ser precisamente en dine-

ro; puede estipularse por concepto de renta el pago de frutos con tal que sean ciertos, es decir, determinados.

Valverde, ob. cit., t. III, pág. 422.

Expresamente en el artículo 2399 se dice que "La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada". Este requisito de certeza y determinación en la renta, significa dos cosas: 1º Que el precio sea cierto en oposición a simulado; precio verdadero es el cierto, de tal manera que si se simula, podrá tratarse de otro contrato, generalmente de un comodato si la concesión del uso es gratuita. 2º También el precio cierto se entiende como precio determinado; en este caso la certeza equivale a precisión. Para la renta expresamente exige el artículo 2399 que además de cierta, sea determinada. En otros contratos se admite que el objeto sea determinable en función de ciertos datos de tiempo, o de elementos que vaya aportando el contrato, cuando es de tracto sucesivo; por ejemplo, el de suministro de combustible en la medida necesaria para el funcionamiento de una fábrica; en este contrato el objeto no es determinado cuando se celebra la operación, pero sí determinable atendiendo a datos y elementos que proporciona el mismo contrato. En el arrendamiento, el precio cierto significa determinación, desde que se celebra el acto aunque la ley permite que la renta se pague en dinero o en otra cosa equivalente; cuando no se determina en dinero, las cosas equivalentes que constituyan la renta deben ser previamente determinadas.

El precio en dinero siempre es determinado y por esto el artículo exige que cuando se pague la renta en especie, se determine. Como en la compraventa, la renta debe ser además justa, es decir, debe haber una proporción entre el valor del uso o goce de la cosa y el monto de la renta, de lo contrario existiría lesión. Este requisito sólo podemos exigirlo en el Código vigente. Conforme al anterior, aun cuando el precio del arrendamiento fuese injusto, es decir, notoriamente desproporcionado en más o menos, en relación con el valor del uso o goce de la cosa, el arrendatario o el arrendador respectivamente, no podían pedir la rescisión del contrato por lesión. En el derecho francés tampoco se exige en el arrendamiento que el precio sea justo. En el Código de 1884, sólo en el contrato de compraventa, cuando existía una desproporción enorme que matemáticamente calculaba dicho ordenamiento, procedía la lesión; pero confome al actual, en todo contrato conmutativo, cuando haya desproporción notoria en el valor de las prestaciones, procede la lesión.

Por tanto, debemos decir, aplicando el artículo 17 del mismo que el precio en el arrendamiento, además de ser cierto en el sentido de verdadero y determinado, debe ser justo.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 132 y 133.

También en el arrendamiento, como en la compraventa, es el precio un elemento esencial del acto jurídico. Constituye el objeto directo de la obligación del arrendatario y el objeto indirecto del contrato, de tal manera que si en un arrendamiento no se determina el precio, el contrato es inexistente como arrendamiento. Este objeto directo de la obligación del arrendatario e indirecto del contrato, debe guardar, además de la relación de proporcionalidad con el uso o goce, una relación de interdependencia con los mismos, es decir, no se causa el precio y, por tanto, el arrendatario no está obligado a pagar la renta, sino se concede día a día, momento a momento, el uso o goce. Toda perturbación en ese uso libera al arrendatario del pago de la renta correspondiente por el tiempo que dure la perturbación. Si ésta es parcial, la renta debe reducirse proporcionalmente al uso concedido. Si es total, el arrendatario no está obligado a pagar la renta y si se impide el uso de la cosa al arrendatario por más de dos meses, habrá una causa para pedir la rescisión del contrato, aunque el impedimento provenga de caso fortuito, fuerza mayor o incluso, cuando el arrendador impida el uso para efectuar reparaciones en la cosa. La interdependencia entre el uso y la renta está reglamentada debidamente en los artículos 2426, 2429, 2431, 2432 y 2445. Dice así el 2426: "El arrendatario no está obligado a pagar la renta sino desde el día en que reciba la cosa arrendada, salvo pacto en contrario". Conforme al 2429: "El arrendatario está obligado a pagar la renta que se venza hasta el día que entregue la cosa arrendada". Este artículo debe entenderse salvo pacto en contrario, ya que es un derecho renunciable, no es de interés público como en otras materias relativas al mismo contrato. En principio, el arrendatario paga la renta día a día y, por tanto, sólo está obligado a cubrirla, hasta el día en que entregue la cosa, pero puede convenirse que todo mes que comience, se hará exigible en su totalidad, aunque el arrendatario desocupe antes de que transcurra el mes.

Los artículos 2431, 2432 y 2445, respectivamente estatuyen: "Si por caso fortuito o fuerza mayor se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causará renta mientras dure el impedimento, y si éste dura más de dos meses, podrá pedir la rescisión del contrato". "Si sólo se impide en parte el uso de la cosa, podrá el

arrendatario pedir la reducción parcial de la renta, a juicio de peritos, a no ser que las partes opten por la rescisión del contrato, si el impedimento dura el tiempo fijado en el artículo anterior". "El arrendatario que por causa de reparaciones pierda el uso total o parcial de la cosa, tiene derecho a no pagar el precio del arrendamiento, pedir la reducción de ese precio o la rescisión del contrato, si la pérdida del uso dura más de dos meses en sus respectivos casos".

El artículo 2431 se refiere al caso fortuito o fuerza mayor y, a pesar de ello, la interdependencia entre la renta y el uso sigue existiendo. El artículo 2432 reglamenta el impedimento parcial. Lo dispuesto en estos dos preceptos no es renunciable, a diferencia de lo previsto en el 2429 para que el arrendatario pague la renta hasta el día que entregue la cosa, cuya estipulación sí es renunciable.

La interdependencia entre el precio y el uso de la cosa se considera en el arrendamiento de interés público, de tal manera que aun cuando sea un derecho patrimonial y la persona capaz, está facultada para renunciar anticipadamente sus derechos patrimoniales, el legislador ha querido imponer a pesar de la voluntad de las partes la reciprocidad entre renta y uso, haciendo irrenunciable el derecho del arrendatario.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 396 y 397.

En cuanto al cumplimiento de esta obligación fundamental del arrendatario de pagar el precio, el Código modifica las reglas generales para la exactitud en cuanto al tiempo. Es decir, no se aplican las reglas del artículo 2080 para determinar el día en que la renta será exigible cuando no hubiere pacto expreso al respecto. Sobre el particular dicen los artículos 2454 para las fincas rústicas y 2461 a 2464 para el arrendamiento de bienes muebles: "La renta debe pagarse en los plazos convenidos, y a falta de convenio, por semestres vencidos" (Art. 2454). "Si la cosa se arrendó por años, meses, semanas o días, la renta se pagará al vencimiento de cada uno de esos términos, salvo convenio en contrario" (Art. 2461). "Si el contrato se celebra por un término fijo, la renta se pagará al vencerse el plazo, salvo convenio en contrario" (Art. 2462). "Si el arrendatario devuelve la cosa antes del tiempo convenido, cuando se ajuste por un solo precio, está obligado a pagarlo íntegro; pero si el arrendamiento se ajusta por períodos de tiempo, sólo está obligado a pagar los períodos corridos hasta la entrega" (Art. 2463). "El arrendatario está obligado a pagar la totalidad del precio, cuando se hizo el arrendamiento por tiempo fijo y los períodos sólo se pusieron como plazos para

el pago" (Art. 2464). La renta deberá pagarse, salvo pacto en contrario, en el domicilio del arrendatario. Este precepto no es sino una aplicación al caso de la regla general contenida en el artículo 2082, conforme al cual: "Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos".

En cuanto a la exactitud en el modo, el arrendatario no puede hacer pagos parciales y respecto a la substancia, el arrendatario debe entregar exactamente el precio convenido, sea en dinero, o la cosa equivalente determinada. El artículo 2430 dispone "Si el precio del arrendamiento debiere pagarse en frutos y el arrendatario no los entregare en el tiempo debido, está obligado a pagar en dinero el mayor precio que tuvieren los frutos dentro del tiempo convenido".

2.—*Conservar y cuidar de la cosa arrendada.*—Esta obligación está regulada respectivamente por los artículos 2425 fracción III, 2441, 2415, 2419, 2440, 2444 y 2467 a 2470, que a continuación se transcriben: Artículo 2425: "El arrendatario está obligado: III.—A servirse de la cosa solamente para el uso convenido o conforme a la naturaleza y destino de ella". Artículo 2441: "El arrendatario no puede, sin consentimiento expreso del arrendador, variar la forma de la cosa arrendada y si lo hace debe, cuando la devuelva, restablecerla al estado en que la reciba, siendo, además, responsable de los daños y perjuicios". Artículo 2415: "El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del arrendador, a la brevedad posible, la necesidad de las reparaciones, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que su omisión cause". Artículo 2419: "El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve término posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya hecho o abiertamente prepare en la cosa arrendada, so pena de pagar los daños y perjuicios que cause con su omisión. Lo dispuesto en este artículo no priva al arrendatario del derecho de defender, como poseedor, la cosa dada en arrendamiento". Artículo 2440: "El arrendatario que va a establecer en la finca arrendada una industria peligrosa, tiene obligación de asegurar dicha finca contra el riesgo probable que origine el ejercicio de esa industria". Artículo 2444: "El arrendatario debe hacer las reparaciones de aquellos deterioros de poca importancia, que regularmente son causados por las personas que habitan el edificio". Artículo

2467: "El arrendatario está obligado a hacer las pequeñas reparaciones que exija el uso de la cosa dada en arrendamiento". Artículo 2468: "La pérdida o deterioro de la cosa alquilada se presume siempre a cargo del arrendatario, a menos que él pruebe que sobrevino sin culpa suya, en cuyo caso será a cargo del arrendador". Artículo 2469: "Aun cuando la pérdida o deterioro sobrevengan por caso fortuito, serán a cargo del arrendatario, si éste usó la cosa de un modo no conforme con el contrato, y sin cuyo uso no habría sobrevenido el caso fortuito". Artículo 2470: "El arrendatario está obligado a dar de comer y beber al animal durante el tiempo en que lo tiene en su poder, de modo que no se desmejore, y a curarle las enfermedades ligeras, sin poder cobrar nada al dueño".

Se advierte en estas distintas manifestaciones, que el fin primordial es conservar la cosa, tanto ejecutando actos que implican una custodia, como absteniéndose de ejecutar aquellos que necesariamente alteran su forma o substancia o implican un daño.

Josserand, Derecho Civil, t. II, v. II, Contratos, págs. 148 y 149.

3.—*Pago de los daños y perjuicios que por culpa del arrendatario o de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, se causen en la cosa arrendada.*— Otra obligación del arrendatario consiste en responder de los daños y perjuicios que por su culpa se causen en la cosa arrendada, o bien, de todos los que se originen por culpa de sus sirvientes, parientes o demás personas que habiten o visiten la finca o cosa arrendada. El artículo 2425 dispone que: "El arrendatario está obligado: II.—A responder de los perjuicios que la cosa arrendada sufra por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios". Para regular esta obligación del arrendatario se aplican las reglas y principios clásicos de la teoría de la culpa, o sea, de la responsabilidad subjetiva. Hay una presunción de culpa en todo daño causado a la cosa por el arrendatario, sus sirvientes o familiares. Como en toda obligación de custodiar y conservar cosa ajena, el arrendatario debe responder de sus actos dolosos o culposos y en cuanto a los últimos, cabe hacer la distinción que formulamos para el comodato, fijando los tres grados de la culpa: grave, leve y levísima y, por consiguiente, la explicación que también hicimos para el arrendamiento; como éste es un contrato bilateral y oneroso, no se exige al arrendatario la diligencia máxima que según el derecho romano sólo pueden observar los diligentísimos padres de familia. Dado que paga un pre-

cio por el uso de la cosa, no debe observar la diligencia estricta que la ley exige al comodatario y, por consiguiente, no responde de la culpa levísima. Por ello, en los casos ajenos a su voluntad, que no supongan culpa, no tiene responsabilidad alguna. En consideración aparte veremos que para los daños y perjuicios causados por incendio se aplica estrictamente la doctrina de la culpa. Tampoco responde como el comodatario, en los casos en que prefiera salvar sus bienes propios, antes que los dados en arrendamiento, o bien, en los casos en que se ha estimado la cosa, pues la estimación de la misma, que en el comodato obliga al comodatario a pagar su precio cuando se destruye por caso fortuito, no impone al arrendatario esa obligación, si demuestra la hipótesis de caso fortuito.

También en la destrucción por incendio, una de las excepciones que puede oponer el arrendatario es demostrar el caso fortuito, fuerza mayor o vicios de construcción. Aun cuando el Código reglamenta como obligación diferente la responsabilidad del arrendatario por incendio, la que por su interés merece un estudio aparte, debemos considerar que es una consecuencia de la obligación de conservar y custodiar la cosa y de la de responder de los daños causados por su culpa.

4.—*Responder en los casos de incendio.*—Distingue el Código para los casos de incendio de las cosas arrendadas varias situaciones que son: 1a. Cuando se trata de arrendatario único. 2a. Cuando el bien ha sido arrendado a diversas personas. 3a. Cuando el dueño de la cosa o el arrendador vive o habita la cosa arrendada en unión de los demás arrendatarios; y 4a. Cuando el incendio se origina en determinada localidad. Estos cuatro casos tienen diferente reglamentación jurídica.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 141 a 145.

La primera hipótesis, que es la más interesante, supone el arrendamiento único. En principio el arrendatario, por una presunción juris tantum, es responsable de la destrucción o deterioro de la cosa por incendio y el arrendador para exigir la responsabilidad sólo debe demostrar que se causó un incendio y que por virtud de él se perjudicó o destruyó la cosa. En este aspecto la doctrina de la culpa tiene una modalidad. Se parte de la presunción juris tantum de responsabilidad, pero esta modalidad no es una excepción, porque la propia doctrina de la culpa reconoce presunciones juris tantum en diversos casos, por ejemplo, para la responsabilidad de los patrones, tutores y maestros

de escuela por los daños y perjuicios causados por los obreros, pupilos o alumnos. La presunción a cargo del arrendatario sólo puede quedar destruida por las siguientes excepciones: 1a. Cuando el arrendatario demuestre que el incendio se originó por caso fortuito. 2a. Por vicio o defecto de construcción 3a. Porque el incendio comenzó en otra parte y tomó todas las precauciones para evitar que se propagara; y 4a. Cuando demuestre que el incendio no pudo comenzar en la localidad arrendada. Los artículos 2435 y 2436 disponen al efecto: "El arrendatario es responsable del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción". "El arrendatario no responde del incendio que se haya comunicado de otra parte, si tomó las precauciones necesarias para evitar que el fuego se propagara".

Josserand, ob. cit.. t. II, v. II, págs. 144 y 145.

La segunda hipótesis supone que la cosa arrendada está ocupada por diversos arrendatarios. También en este caso la ley procede a base de presunciones. Si no puede determinarse en dónde dio principio el incendio, se considera que todos los arrendatarios son responsables a prorrata en relación con el monto de la renta. Dice así el artículo 2437: "Cuando son varios los arrendatarios y no se sabe dónde comenzó el incendio, todos son responsables proporcionalmente a la renta que paguen, y si el arrendador ocupa parte de la finca, también responderá proporcionalmente a la renta que a esa parte fijen peritos. Si se prueba que el incendio comenzó en la habitación de uno de los inquilinos, solamente éste será el responsable". En este aspecto el Código actual organiza una responsabilidad diferente que es anterior. Este consagraba la responsabilidad mancomunada, pero, bajo esa legislación, mancomunidad significaba solidaridad y, por tanto, el arrendador podía exigir la totalidad de la responsabilidad a cualesquiera de los arrendatarios. En cambio, el vigente Código dice con claridad que cada arrendatario responderá proporcionalmente al monto de su renta.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 399 a 401.
Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 146 y 147.

La tercera hipótesis está prevista en el mismo artículo 2437 al decir que si el arrendador ocupa parte de la finca, también responderá proporcionalmente a la renta que a esa parte fijen peritos. El Código de 1884 también disponía que cuando el arrendador ocupaba parte de la finca, sería responsable proporcionalmente por la renta que fijarían

peritos. Esto nos hace pensar que cuando ese Código habla de mancomunidad, no quiso identificar (para el arrendamiento en los casos de incendio), mancomunidad y solidaridad, porque permitía que, cuando el arrendador ocupaba parte de la finca, su responsabilidad fuera a prorrata y es lógico suponer que esa misma regla quiso aplicarse para los demás arrendatarios; sin embargo, el Código de 1884 empleaba la palabra responsabilidad mancomunada y en el capítulo de mancomunidad, decía que ella equivalía a solidaridad, lo que el Código actual modifica determinando que la mancomunidad no es la solidaridad, sino obligación a prorrata. La cuarta hipótesis está prevista en el artículo 2436 conforme al cual: "El arrendatario no responde del incendio que se haya comunicado de otra parte, si tomó las precauciones necesarias para evitar que el fuego se propagara". Es también aplicable el párrafo último del artículo 2437 al disponer: "Si se prueba que el incendio comenzó en la habitación de uno de los inquilinos, solamente éste será el responsable". Confirma también esta idea el artículo 2438: "Si alguno de los arrendatarios prueba que el fuego no pudo comenzar en la parte que ocupa, quedará libre de responsabilidad".

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 402 a 404.

Ejecutoria de 19 de agosto de 1953, por unanimidad de 5 votos de los Ministros que integran la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo 5160/52 promovido por María Gutiérrez Zamora de Alvarez del Castillo. Ponente: Ministro Rafael Rojina Villegas.

5.—*Restituir la cosa arrendada al terminar el contrato.*—Otra obligación principal del arrendatario es la de restituir la cosa al terminar el contrato. Esta es una obligación de dar, y se sujeta a las reglas generales de estas obligaciones; para regular la forma de restituir el Código parte de una presunción en el sentido de que el arrendatario que recibió la cosa sin hacer observación alguna la aceptó de conformidad, la recibió en buen estado, en forma completa y en esa forma deberá restituirla. Los artículos 2441 a 2443 respectivamente disponen: "El arrendatario no puede, sin consentimiento expreso del arrendador, variar la forma de la cosa arrendada; y si lo hace debe, cuando la devuelva, restablecerla al estado en que la reciba, siendo, además, responsable de los daños y perjuicios". "Si el arrendatario ha recibido la finca con expresa descripción de las partes de que se compone, debe devolverla, al concluir el arrendamiento, tal como la recibió, salvo lo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por

causa inevitable". "La ley presume que el arrendatario que admitió la cosa arrendada sin la descripción expresada en el artículo anterior, la recibió en buen estado, salvo la prueba en contrario". Esta obligación de restituir está íntimamente ligada con la terminación del contrato de arrendamiento. Trataremos en capítulo aparte esta importante materia.

Como en todo contrato de tracto sucesivo, su forma de extinción está expresamente regulada por la ley, y comprende no sólo los casos de extinción normal por cumplimiento del plazo, sino también los de rescisión y nulidad. A esta materia consagra el Código un capítulo y los artículos 2483 a 2496 regulan esta situación.

Cabe aclarar que, el 7 de febrero de 1985 salió publicado el Decreto de Reformas y Adiciones a Diversas disposiciones relacionadas con Inmuebles en Arrendamiento, en el cual se reformó el Capítulo IV del Título Sexto de la segunda parte del Libro Cuarto del Código Civil para el Distrito Federal.

Se reformó el artículo 2448 que señala que las disposiciones del arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación son de orden público e interés social. Por lo tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.

Asimismo, se exige que la localidad deberá reunir las condiciones de higiene y salubridad exigidos por la ley.

El arrendador que no efectúe las obras que ordene la autoridad sanitaria correspondiente como necesarias, es responsable de los daños y perjuicios que los inquilinos sufran por esa causa.

La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para ambas partes y será prorrogable a voluntad del arrendatario hasta por dos años más, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas.

Con relación a la renta, ésta deberá pagarse en los plazos convenidos y a falta de convenio por meses vencidos.

El artículo 2448-E señala que el arrendatario no está obligado a pagar renta sino desde el día en que reciba el inmueble objeto del contrato.

Con respecto a la formalidad, se establece que deberá ser por escrito y que la falta de este requisito se le imputará al arrendador.

El contrato deberá contener, por lo menos, las siguientes estipulaciones: nombre del arrendador y arrendatario; la ubicación del inmueble; la descripción detallada del inmueble objeto del contrato y de las instalaciones y accesorios con que cuenta para su uso y goce del mismo, así como el estado que guardan; el monto de la renta; la garantía en su caso; la mención expresa del destino habitación del inmueble; término del contrato y las obligaciones que el arrendador y arrendatario contraigan adicionalmente a las establecidas en la ley.

El artículo 2448-J señala que:.

"En el caso de que el propietario del inmueble arrendado decida enajenarlo, el o los arrendatarios tendrán derecho a ser preferidos a cualquier tercero en los siguientes términos:

I. En todos los casos el propietario deberá dar aviso por escrito al arrendatario de su deseo de vender el inmueble, precisando el precio, términos, condiciones y modalidades de la compraventa;

II. El o los arrendatarios dispondrán de quince días para dar aviso por escrito al arrendador de su voluntad de ejercitar el derecho de preferencia que se consigna en este artículo en los términos y condiciones de la oferta, exhibiendo para ello las cantidades exigibles al momento de la aceptación de la oferta, conforme a las condiciones señaladas en ésta;

III. En caso de que el arrendador cambie cualquiera de los términos de la oferta inicial estará obligado a dar un nuevo aviso por escrito al arrendatario, quien a partir de ese momento dispondrá de un nuevo plazo de quince días. Si el cambio se refiere al precio, el arrendador sólo estará obligado a dar este nuevo aviso cuando el incremento o decremento del mismo sea de más de un diez por ciento;

IV. Tratándose de bienes sujetos al régimen de propiedad en condominio, se aplicarán las disposiciones de la ley de la materia, y

V. La compra-venta realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses. La acción antes mencionada prescribirá sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compra-venta respectiva.

En caso de que el arrendatario no cumpla con las condiciones establecidas en las fracciones II o III de este artículo, precluirá su derecho."

Se previene en el artículo 2448-K que:

"Si varios arrendatarios hicieren uso del derecho de preferencia a que se refiere el artículo anterior, será preferido el que tenga mayor antigüedad arrendando parte del inmueble y, en caso de ser igual, el que primero exhiba la cantidad exigible en los términos de la fracción II del artículo anterior, salvo convenio en contrario."

En caso de muerte del arrendador o del arrendatario el contrato no termina, sino sólo por los motivos establecidos por las leyes.

El cónyuge, el o la concubina, los hijos, los ascendientes en línea consanguínea, o por afinidad, del arrendatario fallecido, se subrogarán en los derechos y obligaciones de éste, en los mismos términos del contrato, siempre y cuando hubieran habitado real y permanentemente el inmueble en vida del arrendatario.

Lo anterior no es aplicable para aquellas personas que ocupen el inmueble, subarrendatarios, cesionarias o por otro título semejante.

El arrendador tiene la obligación de registrar el contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Departamento del Distrito Federal. Una vez cumplido este requisito entregará al arrendatario una copia registrada del contrato.

El arrendatario tendrá acción para demandar el registro mencionado y la entrega de la copia del contrato.

El artículo 2448-L del Código Civil fue derogado por Decreto publicado en el *D.O.*F. de fecha 21 de julio de 1993.

En materia de registro se reformó el artículo 3042 señalando que no se inscribirán las escrituras en las que se transmita la propiedad de un inmueble dado en arrendamiento, a menos de que en ellas conste expresamente que se cumplió con los requisitos referentes al derecho del tanto que le corresponde al arrendatario.

El Decreto mencionado, en su artículo transitorio primero, prevé que los contratos celebrados con anterioridad a su promulgación continuarán en vigor respecto al término pactado por las partes.

En las presentes reformas el contrato privado ha ido sufriendo diversas modificaciones, ya que el orden público e interés social le impone modalidades que nos lleven a reflexionar si estos cambios implican limitaciones a la propiedad privada.

Actualmente el artículo 2448-C señala: "La duración mínima de todo contrato de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación será de un año forzoso para arrendador y arrendatario, salvo convenio en contrario".

En relación a la renta, la ley establece que se deberá pagar en moneda nacional, el legislador olvidó que la renta también puede pagarse en especie.

El artículo 2448-H señala que en fincas urbanas destinadas a casas habitación, el contrato no termina por muerte del arrendador o del arrendatario. Este precepto no aporta nada nuevo, ya que el artículo 2408 del Código Civil y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya lo habían apuntado.

Con relación al artículo transitorio, éste sólo hace alusión al término de los contratos celebrados con anterioridad a la promulgación del Decreto, estableciendo que dicho término continuará en vigor, sin hacer referencia al contenido del contrato.

CAPITULO VI

SUBARRENDAMIENTO Y CESIÓN DE DERECHOS

I.—*Subarrendamiento.*—Estudiaremos un problema de constante aplicación en la práctica, referente al subarrendamiento y a la cesión de los derechos del arrendatario. Hay subarrendamiento cuando el arrendatario arrienda la misma cosa que recibió en arrendamiento, es decir, respecto de una misma cosa existen dos contratos sucesivos de arrendamiento. Para que el arrendatario pueda a su vez arrendar la cosa que ha recibido, necesita tener capacidad especial para celebrar este

contrato o en otras palabras, no basta la capacidad general para contratar, sino que es menester tener autorización general o especial del arrendador. Dice al efecto el artículo 2480: "El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador; si lo hiciere, responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios". La situación es diferente según sea la capacidad del arrendatario para subarrendar; si tiene una autorización general, el contrato de subarrendamiento es válido, pero existen dos contratos independientes que regulan relaciones jurídicas de personas diversas. Además del contrato de arrendamiento primordial, se forma con independencia absoluta el de subarrendamiento. Sigue siendo responsable al arrendador, el arrendatario y, a su vez, en el subarrendamiento, es directamente responsable el subarrendatario al subarrendador, que es el arrendatario en el primer contrato. Artículo 2481: "Si el subarriendo se hiciere en virtud de la autorización general concedida en el contrato, el arrendatario será responsable al arrendador, como si él mismo continuara en el uso o goce de la cosa". La autorización general sólo significa que no habrá causa de rescisión del arrendamiento inicial, y que subsiste la responsabilidad del arrendatario para que en los casos de daños o incumplimiento de las demás obligaciones, responda directamente ante el arrendador.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 406 y 407.

En la otra hipótesis, cuando exista autorización especial para subarrendar, que puede otorgarse en el momento del subarriendo o posteriormente, se opera un cambio sólo en uno de los sujetos del contrato, el arrendatario, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones, el subarrendatario. Dice al respecto el artículo 2482: "Si el arrendador aprueba expresamente el contrato especial de subarriendo, el subarrendatario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendatario, a no ser que por convenio se acuerde otra cosa". El arrendatario queda liberado y desligado de la relación jurídica, y entra en la misma el subarrendatario con todas las obligaciones y derechos del primero.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 163 y 164.

En el artículo 2480, ante la hipótesis de una autorización general para subarrendar, se mantiene una independencia absoluta de los dos contratos y, por consiguiente, para nada se modifica la situación jurídica del arrendamiento inicial en las obligaciones del arrendatario. En el artículo 2482 tenemos regulada una subrogación legal, para que el subarrendatario sustituya al arrendatario y, por tanto, desaparece toda responsabilidad y obligación en éste, quedando desligado de la relación jurídica primitiva. Pueden existir, conforme al artículo 2482, una simple subrogación o una novación. Habrá la primera cuando el subarrendamiento se ejecute en los mismos términos del arrendamiento, es decir, cuando el subarrendatario acepte substituir al arrendatario, y, a su vez el arrendador dé su conformidad expresa. En este caso, en nada se modifica la relación jurídica primitiva teniendo las mismas obligaciones, términos, plazos y condiciones, y por esto, la ley habla de subrogación, como una forma de transmisión de la relación jurídica primitiva. En el subarrendamiento con autorización especial existe en realidad una cesión de derechos con su correspondiente cesión de deudas, y por ello, es menester la aprobación del arrendador. El arrendatario podría en principio ceder sus derechos, sin consentimiento del arrendador, porque todo acreedor puede hacerlo sin consultar a su deudor; pero como los derechos del arrendatario para usar y gozar de la cosa están ligados con sus obligaciones, no podrían separarse. En la cesión de éstas, es menester siempre que el acreedor acepte expresa o tácitamente al nuevo deudor, y es con motivo del subarrendamiento, como aplicamos la disposición general del Código de que el acreedor debe aceptar en este caso de manera expresa al nuevo deudor. Por la misma razón dice el artículo 2480 que el arrendatario no podrá ceder sus derechos sin el consentimiento del arrendador. La aceptación expresa, cuando el arrendador aprueba expresamente el contrato especial de subarriendo, origina en realidad una subrogación, por cuanto que el subarrendatario adquiere todos los derechos y obligaciones del arrendatario.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 159 y 160.

Semanario Judicial de la Federación.—Apéndice de la compilación de jurisprudencia definida de la Suprema Corte de Justicia, publicada en 1955, pág. 1873, tesis 1034.—Subarrendatario.—No existen vínculos jurídicos entre él y el arrendador, si éste no ha dado su aprobación expresa para el subarrendamiento.

		Págs.
Tomo VI.—	Moguel Clara	792
	Moguel Manuel A.	706
	Moguel Clara	711
Tomo VII.—	León de Garay Alfonso	127
IX.—	Dupont Jerónimo	229

Semanario Judicial de la Federación.—Apéndice de la mencionada compilación, pág. 1874, tesis 1035.—Subarrendatario, es causahabiente del arrendatario.—El subarrendatario es causahabiente, del arrendatario, y por tanto, aquél no puede ser considerado como persona extraña al juicio seguido en contra de éste.

		Págs.
Tomo	LXIX.— Saldaba Juana	5153
Tomo	LXXIII.— Pérez Paula y coag.	5666
Tomo	LXXIV.— Rosas Félix	4588
Tomo	LXXXIV.— Chávez Raúl	2330
Tomo	XC.— Alvarez González Vicente	2503

Semanario Judicial de la Federación.—Apéndice de la compilación mencionada, pág. 1877, tesis 1036.—Subarrendatario, interés jurídico del.—No basta como lo ha establecido la jurisprudencia relativa al interés jurídico, que el quejoso pretenda demostrarlo presuntivamente con un contrato de subarrendamiento, si no se comprueba que el subarrendador estuviera facultado para celebrar el contrato de subarrendamiento, porque lo que debe demostrarse es el interés que la Ley protege para considerar que un acto dirigido a un extraño puede afectar ese interés y causarle un perjuicio de difícil reparación.

		Págs.
Tomo	LXXXII.— Romo Juárez Antonio	1190
Tomo	LXXXVI.— Mendieta Carmen L.	1562
Tomo	LXXXVIII.— Márquez Margarita	1884

Tomo	XC.— Gómez Miguel Angel.....	2634
Tomo	XCI.— "Lavín y Cía."	1400

2.—*Cesión de los derechos del arrendatario.*—El Código regula el sistema general de cesión de derechos y deudas, pero consideró necesario, para evitar todo conflicto, tratándose del arrendamiento, aclarar que la cesión de los derechos del arrendatario, sólo se opera válidamente con autorización expresa del arrendador. En la cesión hay una figura diferente del subarrendamiento; desde luego, puede ser consecuencia de diferentes operaciones y revestir una forma distinta, pues según el Código Civil, debe observar la forma de la operación jurídica de la cual se manifiesta como consecuencia. Puede haber una cesión, en la aportación de derechos a una sociedad, por ejemplo. El arrendatario constituye una sociedad y aporta sus derechos que tiene con tal calidad. En este caso, la cesión debe revestir la forma del contrato de sociedad. Puede el arrendatario vender el giro mercantil, incluyendo sus derechos de arrendatario del local, hipótesis en la cual, la cesión observará la forma de la venta de la negociación; o puede ser independiente de toda operación jurídica, ejecutarse en forma onerosa o gratuita, en cuyo caso observará las formalidades propias de la cesión de derechos.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, en la cesión hay un simple cambio de sujeto en la relación jurídica y, por tanto, queda desligado el arrendatario. En el subarrendamiento pueden subsistir, como hemos visto, cuando hay autorización general, el contrato primitivo de arrendamiento y el de subarrendamiento, como independencia absoluta; o puede desligarse al arrendatario, como ocurre en toda cesión, en los casos de autorización expresa.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 162 y 163.

3.—*La novación en el contrato de arrendamiento.*—Existe novación en un contrato, cuando las partes lo alteran substancialmente, de manera que se substituye por otra, la relación jurídica primitiva.

La novación subjetiva se distingue de la cesión de derechos, o del subarrendamiento, en virtud de que puede referirse al arrendador o arrendatario y, además, no sólo se cambia el sujeto activo o pasivo de la relación, sino que se crea una nueva obligación, extinguiéndose el primer contrato de arrendamiento. En cambio, en el subarrendamiento

y cesión de derechos, continúa el mismo arrendamiento concertado. En los casos en que simplemente se altera el término del arrendamiento, no existe una novación; el término es una modalidad que no afecta la naturaleza misma de la relación jurídica, simplemente difiere o aplaza su exigibilidad. Por el contrario, si el contrato de arrendamiento se sujeta a una condición suspensiva o resolutoria, esta modalidad sí altera la existencia misma del vínculo; se transforma un arrendamiento que otorgaba derechos definitivos y adquiridos, por una expectativa que puede no realizarse. Bajo condición resolutoria, también se altera substancialmente la obligación, porque puede ésta terminar en el momento en que se realice el acontecimiento futuro.

CAPITULO VII

TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO

1.—*Diversas causas que dan término al contrato de arrendamiento.*—En el artículo 2483, se enumeran las causas que ponen término al contrato de arrendamiento. Dice así dicho precepto: "El arrendamiento puede terminar: I.—Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato o por la ley, o por estar satisfecho el objeto para que la cosa fue arrendada; II.—Por convenio expreso; III.—Por nulidad; IV.—Por rescisión; V.—Por confusión; VI.—Por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada, por caso fortuito o fuerza mayor; VII.—Por expropiación de la cosa arrendada hecha por causa de utilidad pública; VIII.—Por evicción de la cosa dada en arrendamiento". Encontramos causas generales aplicables a todo contrato, como la terminación del plazo, el mutuo disenso, la realización de la condición resolutoria, la rescisión, la nulidad, la pérdida o destrucción de la cosa, la expropiación de la misma y la evicción; pero, además, tenemos causas especiales propias del arrendamiento. Estas causas especiales se refieren a la terminación del contrato cuando es por término llamado voluntario o indefinido. Los artículos 2478 y 2479 respectivamente, estatuyen: "Todos los arrendamientos que no se

hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte con quince días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico." "Dado el aviso a que se refiere el artículo anterior, el arrendatario del predio urbano está obligado a poner cédulas y a mostrar el interior de la casa a los que pretendan verla. Respecto de los predios rústicos, se observará lo dispuesto en los artículos 2456, 2457 y 2458". El Código también resulta una modalidad que no existía en la legislación anterior, referente a la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento.

2.—*Prórroga anual.*—El artículo 2485 del Código Civil vigente disponía: "Vencido un contrato de arrendamiento, tendrá derecho el inquilino, siempre que esté al corriente en el pago de las rentas, a que se le prorrogue hasta por un año ese contrato. Podrá el arrendador aumentar hasta un diez por ciento la renta anterior, siempre que demuestre que los alquileres en la zona de que se trate han sufrido un alza después de que se celebró el contrato de arrendamiento": (Derogado por Decreto publicado en el D.O.F. de fecha 21 de julio de 1993). Respecto a este precepto se suscita la primera cuestión de importancia: determinar si la prórroga forzosa del artículo 2485, por un año en favor del arrendatario, sólo se presenta en los contratos a término fijo, o si puede ocurrir en los de término voluntario. Desde un punto de vista gramatical, tal parece que esa prórroga forzosa sólo tiene lugar en aquellos casos en que se han fijado un plazo, transcurrido éste y si el inquilino está al corriente en sus rentas, tiene derecho a la prórroga por un año.

La interpretación que ha dado la Tercera Sala de la Suprema Corte, a este precepto, ha sido en el sentido de aplicarlo sólo a los contratos de término fijo. Nosotros estimamos que en los contratos por tiempo indeterminado una vez que cualesquiera de las partes da el aviso previo y transcurre el término fijado, se vence el contrato de arrendamiento, y que es hasta el momento en que se vence, por el transcurso de dos meses o de un año, según sea la finca urbana o rústica, cuando tendrá lugar la prórroga autorizada por el artículo 2485. Para sostener este punto de vista contrario al de la Suprema Corte, invocamos lo dispuesto por los artículos 2478, 2479, 2483 fracción I y 2484. Relacionando estos preceptos con la fracción I del artículo 2483 llegamos a la misma conclusión. "El arrendamiento puede terminar: I.—Por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato o por la ley, o por estar satisfecho el objeto para que la cosa fue arrendada". Es decir,

en esta primera fracción se prevé la terminación normal del contrato de arrendamiento por haber corrido el plazo fijado en el contrato, o la terminación por disposición de la ley, que ocurre cuando se da el aviso previo y transcurre el plazo de dos meses o un año, según sea la finca, rústica o urbana. En estas condiciones, es lógico y jurídico aplicar la prórroga forzosa de un año, también a los contratos por tiempo indefinido. Se justifica esta interpretación considerando que si el arrendamiento por término fijo impone al arrendador una prórroga forzosa, a pesar de la voluntad expresa de las partes de dar por concluido el contrato con la llegada de cierto día, a mayoría de razón, cuando es por término indefinido. Como no existe una manifestación de voluntad expresa para concluir en cierta fecha, el arrendatario debe gozar de esta prórroga, que por razones de interés público autoriza la ley, aun derogando uno de los principios fundamentales del contrato: la autonomía de la voluntad. Se trata, por consiguiente, de una modalidad independiente de la voluntad de las partes, de una prerrogativa que debe tener el arrendatario, de una obligación impuesta al arrendador aun en los casos en que estipuló un término para finiquitar el contrato.

En relación con esta materia, transcribimos a continuación las siguientes tesis jurisprudenciales y ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Semanario Judicial de la Federación.—Apéndice de la compilación publicada en 1955, pág. 290, tesis 129.—Arrendamiento prórroga del contrato de.—El derecho concedido al arrendatario para pedir que se prorrogue el arrendamiento por el término de un año, debe ejercitarse cuando todavía está en vigor el contrato, porque lo que no existe no puede prorrogarse.

		Págs.
Tomo	LXVII.— Ramírez Palemón	3757
Tomo	LXXVII.— Castiello Rafael	94
Tomo	LXXX.— Espinosa Chávez Alfonso	1101
Tomo	LXXXI.— Vega Josefina	4072
Tomo	LXXXIX.— García Vda. de Martínez Julieta .	2442

Semanario Judicial de la Federación.—Apéndice de la compilación publicada en 1955, pág. 294, tesis, 130.—Arrendamiento, prórroga del con-

trato de.—El artículo 2485 del Código Civil del Distrito Federal, que dispone que vencido un contrato de arrendamiento, tendrá derecho el inquilino, siempre que esté al corriente en el pago de las rentas, a que se le prorrogue hasta por un año ese contrato, sólo es aplicable tratándose de arrendamientos por tiempo determinado.

		Págs.
Tomo	LXXX.— Espinosa Chávez Alfonso	1101
Tomo	LXXXI.— Vázquez Manuel	464
Tomo	LXXXV.— Kurts Vda. de Mitchel Margarita.	1141
	Rodríguez de Ruiz María Inés ..	1636
Tomo	LXXXVII.— Fábrica de Medias Full Fashion y Semi-Full Fashion, K. K. K.	2204

3.—*Tácita reconducción.*—La tácita reconducción está regulada por los artículos 2486 a 2488 que al efecto disponen: "Si después de terminado el arrendamiento y su prórroga, si la hubo, continúa el arrendatario sin oposición en el goce y uso del predio, y éste es rústico, se entenderá renovado el contrato por otro año" (Art. 2486). "En el caso del artículo anterior, si el predio fuere urbano, el arrendamiento continuará por tiempo indefinido, y el arrendatario deberá pagar la renta que corresponda al tiempo que exceda al del contrato con arreglo a lo que pagaba" (Art. 2487). "Cuando haya prórroga en el contrato de arrendamiento, y en los casos de que hablan los dos artículos anteriores, cesan las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del arrentamiento, salvo convenio en contrario" (Art. 2488).

En el artículo 2486 tenemos lo que en la doctrina se denomina tácita reconducción, es decir, la prórroga por manifestación tácita de la voluntad, cuando el arrendador permite que el arrendatario continúe en el uso de la cosa y acepta el pago de la renta. En la tácita reconducción existe, pues, un consentimiento tácito que se deriva de hechos indubitables, que

Nota. Los artículos 2485, 2486 y 2488 fueron derogados por Decreto publicado en el D.O.F de fecha 21 de julio de 1993 y el 2487 fue reformado y actualmente dice:

Artículo 2487.—Si después de terminado el plazo por el que se celebró el arrendamiento, el arrendatario continúa sin oposición en el uso y goce del bien arrendado, continuará el arrendamiento por tiempo indeterminado, estando obligado el arrendatario a pagar la renta que corresponda por el tiempo que exceda conforme a lo convenido en el contrato; pudiendo cualquiera de las partes solicitar la terminación del contrato en los términos del artículo 2478. Las obligaciones contraídas por un tercero con objeto de garantizar el cumplimiento del arrendamiento, cesan al término del plazo determinado, salvo convenio en contrario.

demuestran la intención en el arrendatario de continuar en el uso o goce de la cosa, y en el arrendador, de permitir que se continúe en esa situación. Tiene lugar la tácita reconducción, cuando se vence el contrato de arrendamiento, o su prórroga, si la hubo, de tal manera que se transforma de término fijo en término voluntario si se tratare de una finca urbana, o bien, se entenderá renovado al contrato por un año más, si el predio fuere rústico.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, pág. 417.
Josserand, ob. cit., t. II, v, II, págs. 177 y 178.

4.—*Rescisión del contrato de arrendamiento.*—Otra forma de terminación del arrendamiento, que reglamenta el Código, es la rescisión, que tiene lugar en el caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendador o del arrendatario, de tal suerte que todas las obligaciones que hemos estudiado para ambas partes, son base para la rescisión en los casos de incumplimiento. Especialmente se refiere al Código a la rescisión por hecho imputable al arrendatario, cuando no paga la renta y cuando subarrienda sin autorización del arrendador.

Los artículos 2489 y 2492 regulan los principales casos de rescisión del arrendamiento, en los términos siguientes: "El arrendador puede exigir la rescisión del contrato: I.—Por la falta de pago de la renta en los términos previstos en la fracción I del artículo 2425; II.—Por usarse la cosa en contravención a lo dispuesto en la fracción III del artículo 2425; III.—Por el subarriendo de la cosa en contravención a lo dispuesto en el artículo 2480" (Art. 2489). "El arrendatario puede exigir la rescisión del contrato:

I. Por contravenir el arrendador la obligación a que se refiere la fracción II del artículo 2412 de este ordenamiento.

II. Por la pérdida total o parcial de la cosa arrendada en los términos de los artículos 2431, 2434 y 2445.

III. Por la existencia de defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores al arrendamiento y desconocidos por el arrendatario." (Art. 2490). "Si el arrendador, sin motivo fundado, se opone al subarriendo que con derecho pretenda hacer el arrendatario, podrá éste pedir la rescisión del contrato" (Art. 2492).

En los artículos 2416, 2420, 2421, 2431, 2432, 2433, 2434, y 2445 se regulan casos especiales de rescisión del arrendamiento, los cuales suponen incumplimiento del arrendador.

CAPITULO VIII

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO

1.—*Arrendamiento en el Estado de Veracruz.*—"La Constitución Federal concede a los Estados la facultad de determinar en sus leyes en los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada; pero no la de legislar sobre ocupación temporal de la propiedad rústica que se encuentre en determinadas condiciones y a título de arrendamiento forzoso como lo hace la ley número 297 del Estado de Veracruz, porque ello importa la imposición de modalidades a la propiedad, y ésta es facultad expresamente reservada a la Nación, y no queda comprendida, dentro de la esfera de las atribuciones de los poderes locales". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 65, pág. 227).

2.—*Arrendamiento. Falta de forma del contrato de.*—"La forma escrita del contrato de arrendamiento exigida por el artículo 2406 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, no implica una solemnidad, sino una forma cuya falta produce nulidad relativa o ineficacia, pero permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, según el artículo 2227, y la acción de nulidad queda extinguida en términos del artículo 2234 del mismo ordenamiento cuando existe cumplimiento voluntario". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 68, pág. 234).

3.—*Arrendamiento. Lugar de pago de las rentas.*—"Aun cuando el contrato de arrendamiento se haya estipulado que el lugar de pago es el domicilio del arrendador, si no se precisó la ubicación de ese domicilio, ni se probó durante el juicio que fuera conocido del arrendatario, debe estarse a lo establecido por el artículo 2427 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en cuyo caso, si no hay constancias del cobro a éste de las rentas, el arrendatario no incurre en mora". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 79, pág. 257).

4.—*Arrendamiento. Lugar de pago de las rentas.*—"Cuando la renta debe ser pagada en el domicilio del arrendatario, según lo establecido por el artículo 2427 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, si no hay constancia del cobro al arrendatario, éste no incurre en mora". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 78, pág. 254).

5.—*Arrendamiento. Mora en caso de cambio de propiedad del predio arrendado.*—"El nuevo dueño del predio arrendado está obligado a notificar al arrendatario el cambio de propiedad, en términos del artículo 2409 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, sin lo cual el inquilino no incurre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones; y al arrendador subrogado, por tanto, no corresponde, frente al inquilino a quien no se ha notificado, la titularidad de las acciones de desahucio, de rescisión o de terminación del contrato de arrendamiento; y si el arrendatario paga las rentas al arrendador primitivo, queda liberado de la obligación correlativa". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 80, pág. 259).

6.—*Arrendamiento. Consignación de rentas. Juicio liberatorio correspondiente.*—"No es necesario que el inquilino promueva el juicio de liberación después de las diligencias de ofrecimiento y de consignación de rentas, si se le demanda la rescisión del contrato por falta de pago oportuno de aquéllas, porque en este último juicio en donde debe estudiarse si operó la liberación de su deuda, tomando en cuenta tanto la oportunidad de las consignaciones, cuanto los motivos del arrendador para negarse a recibir las rentas correspondientes". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 53, pág. 183).

7.—*Arrendamiento. Cambio de destino de la localidad arrendada.*—"Para que haya contravención a lo contratado, respecto al uso de la cosa arrendada, que dé acción para la rescisión del contrato de arrendamiento, es necesario que el cambio del uso o destino de la cosa sea diferente, de manera radical, pues de no ser así, no se incurre en incumplimiento" (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 52, pág. 179).

8.—*Arrendamiento. Legitimación del arrendador.*—"La calidad de arrendador dimana del contrato de arrendamiento por lo que, quien se ostenta como tal en un juicio, no necesita acompañar documento probatorio de la propiedad, ni de que el dueño le ha conferido la facultad para arrendar; le basta con el contrato de arrendamiento, porque la acción o defensa que del mismo se desprenden son de carácter personal y no real". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 77, pág. 254).

9.—*Arrendamiento. Muerte de los contratantes.*—"El arrendamiento continúa aun a pesar de la muerte de los contratantes, porque ese hecho no está previsto como causa de terminación del contrato en el artículo 2408 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales,

ni es causa de rescisión según el artículo 2408 del mismo ordenamiento. Para precisar a quién o a quiénes corresponden los derechos derivados del contrato cuando muere el arrendatario y se trata de rentas bajas que harían onerosa la tramitación del juicio sucesorio, la Suprema Corte, con apoyo en el artículo 1288 del Código Civil, ha sostenido que desde el momento de la muerte del arrendatario, los presuntos herederos: esposa, hijos, hermanos, que continúan poseyendo como inquilinos, son comuneros, y cualquiera de ellos tiene legitimación activa y pasiva para comparecer a juicio en defensa de los derechos del arrendatario, aun cuando no exista testamento, ni albacea, ni declaración de herederos, procedimiento sucesorio cuya iniciación no es condición de la titularidad de los derechos hereditarios, porque éstos se trasmiten al momento de la muerte del autor de la sucesión". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 81, pág. 260).

10.—*Arrendamiento. Las acciones de rescisión y de pago de rentas, no son contrarias.*—"No puede decirse que la acción de rescisión del contrato de arrendamiento sea contraria a la de pago de rentas, pues conforme a la ley y a la naturaleza del contrato, el actor puede pedir en cualquier momento la rescisión y, además, tiene derecho a cobrar las rentas que se le estuvieren adeudando". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 75, pág. 251).

11.—*Arrendamiento. Las acciones de rescisión y terminación no son contradictorias.*—"Las acciones de rescisión y terminación del contrato de arrendamiento no son contrarias ni contradictorias, pues no existe entre ellas ninguna oposición de la que pudiera resultar que la procedencia de una implique necesariamente la improcedencia de la otra, ni tampoco es el caso de que ambas persigan fines que por ser opuestos se excluyan recíprocamente, sino que, por el contrario, las dos persigan el mismo fin: la desocupación y entrega del local arrendado". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 76, pág. 252).

12.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. Fraude a la ley.*—"Pueden cometer fraude a la ley tanto el arrendador con el propósito de descongelar las rentas y evitar los efectos de la prórroga a que se refiere el Decreto de congelación de rentas, como el inquilino que traspasa el local arrendado a otras personas bajo las mismas condiciones de congelación y prórroga, aunque éstas sean parientes suyas, pero que no habiten con él; y en cada caso debe hacerse el análisis específico, para descubrir e impedir el fraude". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 57, pág. 198).

13.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. Familiares, para los efectos de la prórroga del contrato.*—"El artículo 1º inciso a), del Decreto de 24 de diciembre de 1948, declara prorrogados los contratos de arrendamiento de las casas y locales destinados a habitación que ocupen el inquilino y los miembros de su familia que viven con él. Dicha prórroga se estableció en beneficio no únicamente del titular del contrato, sino también del grupo social que hacía vida común, que formaba un hogar y habitaba un mismo techo al entrar en vigor la prórroga". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 56, pág. 192).

14.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. Rescisión por subarriendo o traspaso. Continuación del grupo familiar.*—"No existe subarriendo o traspaso cuando en la localidad arrendada habitan los integrantes del mismo familiar que ha venido ocupándola desde la celebración del contrato, aunque aquél que figure como inquilino haya dejado de vivir allí, porque la protección de la prórroga es para el grupo familiar, y no en provecho exclusivo de quien aparezca como arrendatario". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 62, pág. 217).

15.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. Rescisión de los contratos prorrogados.*—"La fracción I del artículo 7º del Decreto de prórroga de contratos de arrendamiento en el Distrito Federal, constituye una excepción a lo dispuesto por el artículo 2489, fracción I, del Código Civil, por lo que la rescisión de los contratos prorrogados sólo procede cuando el inquilino ha dejado de pagar tres o más mensualidades; mas si sólo adeuda tres y las paga, aun cuando sea extemporáneamente pero antes de ser lanzado, desaparece la causa de rescisión. Sin embargo, por tratarse de una norma de excepción, es de aplicación estricta, lo que significa que si la mora es más grave, o sea, comprende más de tres mensualidades, entonces el pago de las rentas es ineficaz para extinguir la acción rescisoria". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 61, pág. 212).

16.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. Terminación. Derecho de elegir el propietario el local que desee ocupar cuando la finca es de varios departamentos.*—"Cuando el propietario ha justificado la necesidad de habitar una casa arrendada, y ésta se compone de varios departamentos, tiene derecho a elegir en cuál de ellos ha de vivir, y no es al inquilino a quien corresponde decidir cuál es el departamento que debe desocuparse". (Compilación citada. Cuarta parte, vol. I, tesis 64, pág. 226).

17.—*Arrendamiento. Derecho congelatorio de rentas. Improcedencia de la acción rescisoria.*—El hecho de que la causahabiente como esposa del titular del contrato de arrendamiento, protegido por el Decreto Congelatorio de Rentas de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, después del fallecimiento de dicho titular, contraiga nuevas nupcias, no implica cesión de derechos y por ende, no es causa de rescisión del contrato de arrendamiento.

Amparo directo 1300/80.—Delia Ledo Vda. de Martínez, hoy de Escobar y Juan Valentín Escobar.—13 de noviembre de 1980.—Ponente: Guillermo Baltazar Alvear.—Secretario: Raúl Ponce Farías.

Informe 1980, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Núm. 2. Pág. 169.

18.—*Arrendamiento. Decreto de prórroga indefinida. No protege a los familiares del arrendatario, cuando el local objeto del contrato está destinado a comercio.*—La Suprema Corte de Justicia ha establecido criterio jurisprudencial en el sentido de que las disposiciones contenidas en el Decreto de 24 de diciembre de 1948, deben interpretarse en forma estricta por ser normas de excepción y que, por lo tanto, no pueden ser aplicadas a casos no previstos expresamente por ellas. Acorde con este criterio, debe considerarse que cuando el artículo 1o., inciso d), del mencionado Decreto, prorroga por ministerio de la ley los locales "destinados a comercios o industrias", únicamente protege al titular inquilinario de los derechos y obligaciones que emanan del contrato de arrendamiento, mas no a los miembros de su familia; el núcleo familiar sólo está protegido por estas normas de excepción, cuando se trata de locales destinados exclusivamente a habitación, pero porque lo establece expresamente el inciso a) del citado artículo, sin que debido al rigor interpretativo mencionado, pueda aplicarse esta solución a la hipótesis del local destinado a comercio.

Amparo directo 647/80.—Mercedes González Vda de Del Río.—20 de agosto de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Juan Díaz Romero Secretario: Noé Díaz Pedraza.

Informe 1980. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Núm. 2. Pág. 155.

19.—*Arrendamiento. Derecho del tanto. Su naturaleza.*—Si el contrato de arrendamiento se dio por terminado, al estimarse el derecho del tanto de naturaleza accesoria a aquél, atento a lo estituido por el artículo 2380 del Código Civil vigente en el Estado de Veracruz, éste resulta inoperante, pues al no existir la materia de donde se hace derivar, tampoco puede invocarse el mencionado derecho del tanto.

Amparo directo 1611/79.—Jesús Gómez Gallardo.—13 de noviembre de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Antonio Uribe García.—Secretario: José Luis Arellano Pita.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito. Núm. 1. Pág. 245.

20.—*Arrendamiento. Efectos jurídicos de la autorización general y de la especial para subarrendar (Legislación del Estado de Sinaloa).*— Cuando el arrendatario sub-arrienda facultado por una autorización general, en ningún momento se crean vínculos jurídicos entre el arrendador y el sub-arrendatario, y por ende, subsiste la responsabilidad del arrendatario para que en los casos de daños o incumplimiento de las obligaciones responda directamente ante el arrendador; en cambio, cuando el arrendador aprueba expresamente el contrato especial de subarrendamiento, se origina una subrogación legal, por cuanto que, el subarrendatrio sustituye al arrendatario en sus derechos y obligaciones, desapareciendo toda responsabilidad a cargo de éste, pero para que ello ocurra, es menester, no la autorización general que contempla el artículo número2363, sino la aprobación especial de que habla el diverso artículo 2364, ambos del Código Civil del Estado de Sinaloa.

Amparo en revisión 6/80.—Herminio Solís Cruz.—7 de marzo de 1980. Unanimidad de votos.—Ponente: Rubén Domínguez Viloria.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Núm. 5. Pág. 313.

21.—*Arrendamiento, prórroga del contrato de.*— Si quedó plenamente demostrado que el contrato de arrendamiento concertado entre las partes, fue por tiempo indefinido o indeterminado, entonces la Sala estuvo en lo correcto al decidir que no eran aplicables las disposiciones del artículo 2418 del Código Civil de Veracruz, ya que este precepto se refiere a los contratos por tiempo determinado, y en éstos sí procede la prórroga de que habla la ley.

Amparo directo 1523/78.—Ma. Isabel D. de Domville.—26 de enero de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Lic. Rafael Corrales González Secretario: Teodoro Camacho Pelayo.

Sostiene la misma tesis:

Amparo directo 1478/78.—Eugenio Fernández Carmona.—4 de abril de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Armando Maldonado Cisneros. Secretario: Vicente Salazar Vera.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito. Núm 2 Pág. 245.

22.—*Arrendamiento. Tácita reconducción.*—Los diez días de plazo para que el arrendador exprese su oposición, por razón lógica y jurídica deben entenderse como días hábiles y no naturales, puesto que, precisamente, la mencionada oposición, que es la voluntad del arrendador, y que sin ella sí podría operar la tácita reconducción, implica el ejercicio de una acción mediante la consiguiente demanda, la cual invariablemente sólo podrá presentarse ante las autoridades en aquellos días en que pueden tener lugar actuaciones judiciales.

Amparo directo 709/79.—Hilario Avila Fregoso.—30 de noviembre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: J. Espiridión González Mejía.—Secretario: Francisco José Domínguez Ramírez.

Informe 1980. Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Núm. 2. Pág. 205.

23.—*Arrendamiento. Término concedido en la sentencia para desocupar voluntariamente.*—El artículo 525 del Código de Procedimientos Civiles establece que el lanzamiento del inquilino de casa habitación, sólo procederá, treinta días después de haberse notificado personalmente el auto de ejecución; en tal virtud, si en la sentencia definitiva se condenó a la desocupación de la localidad arrendada, en un término menor apercibiendo al demandado que de no hacerlo se dictará orden de lanzamiento en su contra, es incuestionable que este último plazo, se concede para el cumplimiento voluntario de la sentencia y que en el caso de no efectuarse, se procederá a dictar auto de ejecución; consecuentemente, el término concedido en la sentencia, no contraviene el precepto citado.

Amparo directo 703/80.—Lorena Hill de Rivero.—3 de julio de 1980. Unanimidad de votos.—Ponente: Guillermo Baltazar Alvear.—Secretario: Marco Antonio Rivera Corella.

24.—*Arrendamiento. Consignación de llaves a favor del arrendador, Efectos.*—Estando acreditado que el demandado en juicio consignó las llaves del departamento arrendado, en favor del arrendador, sería antijurírico que, a pesar de ello, se le condene al pago de rentas por un periodo posterior a la fecha en que se hizo la desocupación del inmueble reclamado.

Amparo directo.—Jorge Carrasco Araiza.—11 de octubre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Guillermo Baltazar Alvear.—Secretario: Julio Robles Méndez.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 2. Pág. 186.

25.—*Arrendamiento. El decreto de congelación de rentas no protege a los contratos donde se estipula que la localidad arrendada será destinada a cantina, independientemente de que el inquilino sólo la hubiese destinado a restaurante con venta de bebidas alcohólicas en los alimentos.*—Tomando en consideración que el artículo 1796 vigente en el Distrito Federal, dispone que los contratos obligan desde su perfeccionamiento, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la ley, es indudable que si en un contrato de arrendamiento celebrado en mil novecientos cuarenta y ocho, se estipuló que la localidad arrendada se destinaría a restaurante y cantina, ese pacto cae en el ámbito de aplicación del artículo 2o., fracción III, del mencionado Decreto congelatorio, que excluye de los beneficios de la prórroga a los contratos relativos a locales destinados a cantina, independientemente de que el inquilino sólo la hubiese destinado a restaurante con venta de bebidas alcohólicas en los alimentos, pues es evidente que esa fue una consecuencia legal a que los contratantes quedaron obligados.

Amparo directo 1353/77.—Sucesión testamentaria a bienes de Jacinto García Ordóñez.—22 de noviembre de 1978.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Roberto Salgado Hiedra.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 3. Pág. 154.

26.—*Arrendamiento. Garantía en el amparo, monto de la. La falta de pago de las rentas constituyen daños y perjuicios de los que debe responder la garantía otorgada con motivo de la suspensión.*—La garantía mediante la cual se otorgó la suspensión de los actos reclamados debió, en principio ser bastante para responder, por concepto de daños, del importe de las rentas adeudadas, y del total de las rentas que se venzan durante el plazo de seis meses, máximo en que se calculó que pudiera ser fallado el amparo, y además los intereses de esas dos cantidades, al nueve por ciento anual, para responder del daño y de los perjuicios que pudieran ocasionarse al tercero, con la suspensión, si dicho quejoso no obtiene el amparo de la justicia federal. Luego entonces, las rentas adeudadas cuyo pago se exige en el juicio natural, como aquellas rentas provenientes del inmueble materia del juicio, que podría perder el tercero con motivo de la suspensión otorgada, hasta la fecha en que el juicio de amparo quede resuelto en definitiva, constituyen daños y perjuicios que implican la responsabilidad a que se refieren los artículos 125 y 129 de la Ley de Amparo y quedan cubiertos con la garantía otorgada para que surtiera efectos la suspensión.

Queja 30/79.—Rebeca First de Polichuk.—4 de mayo de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 3. Pág. 186.

27.—*Arrendamiento, lo que debe entenderse por precio cierto y determinado en los contratos de.*—De acuerdo con la exposición de motivos y concordancias del Código Civil vigente, el artículo 2398 se inspiró en los artículos 1492 del Código Civil Argentino y 1915 del Código Chileno. El precepto legal en primer término citado establece que por medio del contrato de arrendamiento "las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso y goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto", aspecto éste en el cual se aparta del sistema establecido en los dos Códigos extranjeros que exigen que el precio del arrendamiento sea pagado precisamente "en dinero", mientras que el precepto relativo en nuestro Código Civil no requiere que la renta sea pagada en dinero como elemento esencial del contrato. Lo que se corrobora al establecer el artículo 2430 del mismo ordenamiento que el precio del arrendamiento puede ser pagado con los frutos que produzcan la cosa arrendada, sin que por ello se altere la naturaleza del contrato, de lo que deriva que nuestra legislación civil sólo requiere que el precio en el arrendamiento sea cierto y determinado, entendiéndose por lo primero una retribución verdadera y no ficticia que se obliga a pagar el arrendatario al arrendador por el uso de la cosa arrendada, en dinero, en frutos o productos de la cosa, en tanto que por lo que se refiere a la determinación del precio debe entenderse el establecimiento de las bases o datos que sirvan para fijar el valor de la locación de las cosas arrendadas.

Amparo directo 167/79.—Motel Tres Ríos, S. A.—29 de agosto de 1979. Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Jorge Arenas y Gómez.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 4. Pág. 155.

28.—*Arrendamiento. Monto de la renta.*—El único valor que debe tomarse en cuenta para fijar el monto de las rentas, es el fiscal, es decir, el que se encuentra registrado ante las oficinas gubernamentales respectivas, y no el que se obtenga, como en el caso, de los dictámenes periciales, porque éste constituye propiamente el valor comercial de las fincas que, por atender a leyes económicas, no puede servir de base para tal efecto, pues de aceptarlo, se estaría en el caso de substituirse en las facultades de las autoridades administrativas, a quienes compete com-

putar, de acuerdo con las tablas, el valor fiscal individual que debe tener un inmueble.

Amparo directo 143/79.—Antonio Hernández Díaz.—28 de septiembre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Rafael García Valle.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Núm. 3. Pág. 230.

29.—*Arrendamiento. Multa impuesta por el tribunal en aplicación del artículo 81 de la Ley de Amparo.*—Este Tribunal ha venido observando que son numerosos los casos en que se interpone amparo en asuntos de arrendamiento, en los que se demanda la terminación del contrato del inmueble, su desocupación y entrega, invocando conceptos de violación notoriamente injustificados, y presentando la demanda ante autoridad incompetente, pues combatiéndose una sentencia dictada por la justicia de paz, o una sentencia dictada por una Sala del Tribunal Superior en asuntos de cuantía inferior a la que corresponde conocer a la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la demanda se presenta en la Suprema Corte o se dirige a un juzgado de Distrito en Materia Civil, por lo que se provoca la demora y el entorpecimiento de la ejecución de los actos reclamados. Este ejercicio abusivo de la acción de amparo no sólo ocasiona perjuicios a la contraparte del quejoso en el juicio que motiva el de garantías, sino que redunda en perjuicio social porque contribuye al retardo en la expedición de la justicia obligando a este Tribunal a ejercer su función jurisdiccional en la tramitación y decisión de amparos que sólo tienden a retardar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, sustrayéndolo al ejercicio de sus funciones en los amparos que justificadamente lo requieren; por otra parte, en estos casos el abuso del amparo redunda en desprestigio de la institución misma, porque establecida para el alto fin de salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es utilizada con el solo fin de retardar el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas en los juicios comunes. En consecuencia, y de acuerdo con el contenido del artículo 81 de la Ley de Amparo, como en el caso a estudio el juicio fue iniciado para demorar y entorpecer la ejecución de los actos reclamados, lo que se evidencia por su presentación ante autoridad incompetente y porque se opusieron excepciones notoriamente improcedentes y conceptos de violación también notoriamente injustificados, procede imponer a la parte quejosa y a sus abogados, sendas multas por trescientos pesos y hacerse del conocimiento de la Tesorería de la Federación, para los efectos de su cobro.

Amparo directo 76/78.—Emilio Vargas Oviedo.—3 de mayo de 1979. Unanimidad de votos.—Ponente: Luis Fernández Doblado.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 4. Pág. 187.

30.—*Arrendamiento. Notificación de dar por terminado el contrato.*—La voluntad del arrendador de dar por terminado el contrato de arrendamiento, por no tratarse de la notificación de la demanda que no fue formulada aún, se notifica legalmente de acuerdo con la fracción IV del Artículo 68 del Código de Procedimientos Civiles de Tamaulipas, en el que se estatuye que de no encontrarse el interesado, se dejará cédula con la persosa que se encuentre.

Amparo directo 304/79.—Florencio Guerrero Salinas.—19 de octubre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Felipe García Cárdenas.

Informe 1979. Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Núm. 1. Pág. 249.

31.—*Arrendamiento. Obligaciones del inquilino.*—La renuencia de la arrendadora a efectuar las reparaciones de la finca arrendada, sólo autoriza a la inquilina rescindir el contrato u ocurrir al juez para que la obligue al cumplimiento de sus obligaciones, pero no libera a la arrendataria del deber que soporta, a la luz del artículo 2307 fracción I del Código Civil del Estado de Sinaloa, de satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos.

Amparo directo 533/78.—Jesús Guevara Guerrero.—18 de mayo de 1979. Unanimidad de votos.—Ponente: Joel González Jiménez.

Informe 1979. Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Núm. 1. Pág. 345.

32.—*Arrendamiento. Prescripción de las rentas pagadas en exceso de lo estipulado en un contrato congelado de.*—La nulidad que afecta a los contratos de arrendamiento celebrados en contravención al decreto de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, no impide que prescriba el derecho a obtener la devolución de lo pagado en exceso de lo convenido en el contrato congelado, en virtud de que por una parte, la naturaleza de la acción, correspondiente es la de repetición del pago de lo indebido, y por la otra, de que para ejercitarla no hay necesidad de esperar a que se declare judicialmente la nulidad, pues ésta opera de pleno derecho según lo establece el artículo 9o. del mencionado decreto; precisamente por ello, el término prescriptorio empieza a correr no cuando recae la sentencia que declara la nulidad del contrato, sino a partir de cuando se paga en demasía cada pensión ren-

tística, que es cuando debe entenderse conocido el error, en términos del artículo 1893, primera parte, del Código Civil.

Amparo directo 343/76.—Margarita Domenge de Fernández del Castillo. 7 de febrero de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Leonel Valdés García.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 5. Pág. 156.

33.—*Arrendamiento, subsiste la obligación del arrendadador de dar aviso al arrendatario de la terminación del contrato de, aun cuando éste hubiere renunciado a los beneficios de los artículos 2485 y 2487 del Código Civil del Distrito Federal.*—Si el arrendatario renuncia a los beneficios de los artículos 2485 y 2487 del Código Civil del Distrito Federal, pero el arrendador no se opone a que aquél continúe en el uso y disfrute del inmueble dado en arrendamiento dentro del término establecido para ello por la Suprema Corte (diez días después de concluido el término forzoso del contrato), tácitamente éste renuncia al derecho que tenía adquirido y originado con la renuncia que hizo el arrendatario a los beneficios de los artículos 2485 y 2487 del ordenamiento legal invocado, pues de no ser así se coartarían los derechos que también le asisten al inquilino, y en tal virtud, opera la tácita reconducción y subsiste la obligación del arrendador de dar aviso al arrendatario de la terminación del contrato de arrendamiento.

Amparo diercto 924/79.—Consuelo P. viuda de Chagoya.—26 de septiembre de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Rafael Corrales González.—Secretario: Francisco D. Chowell Fernández.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 6. Pág. 156.

34.—*Arrendamiento voluntario, aviso de terminación, a que alude el artículo 2478 del Código Civil.*—Para efectuar el cómputo del término de la terminación del contrato de arrendamiento concedido en aviso previo, no son aplicables las disposiciones relativas a los términos judiciales, en los que se descuentan los días inhábiles, ya que el término a que hace alusión el artículo 2478 del Código Civil o el convencional, en su caso, no es un término judicial sino el plazo necesario para que se extinga la relación arrendaticia después de hecha la interpelación del contratante que desea poner fin al contrato.

Amparo directo 254/79.—Colchones Finos de México, S. A.—15 de agosto de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Jorge Arenas y Gómez.

Precedente:

Amparo directo 679/69.—Miguel García Hernández.—19 de noviembre de 1969.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luis Barajas de la Cruz.—Secretario: Efraín Ochoa Ochoa.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil Núm. 7. Pág. 157.

TITULO VI

DEPOSITO Y MANDATO

CAPITULO I

Depósito

1.—*Definición y caracterización.*—El contrato de depósito ha sufrido modificaciones de importancia en el Código Civil vigente. Se le define como un contrato por virtud del cual el depositario se obliga a recibir una cosa mueble o inmueble que el depositante le confía, para que la custodie y restituya cuando éste se lo pida. En el artículo 2516 se define este concepto que modifica la noción tradicional del depósito: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. x, Los Contratos Civiles, pág. 449.
Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 547 y 548.

Respecto a su caracterización jurídica, el depósito, que siempre se reputó como contrato real, se transforma en consensual, y de unilateral en bilateral: es decir, ya no es menester la entrega de la cosa para que pueda constituirse el depósito. Al transformarse en contrato consensual, existe por el acuerdo de las partes, antes de la entrega de la cosa, y es por tanto una obligación nacida del contrato, a posteriori la de entregar y recibir la cosa.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 84 y 85.

Conforme a esta nueva clasificación, el depósito es oneroso, es decir, impone provechos y gravámenes recíprocos. Artículo 2517: "Salvo pacto

en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y, en su defecto, a los usos del lugar en que se constituya el depósito". Es además consensual en oposición a formal, ya que no necesita para su validez el consentimiento escrito, pudiendo otorgarse en forma verbal, y también es consensual en oposición a real.

2.—*Clases de depósito.*—Además, y desde otro punto de vista, el depósito puede ser *civil, mercantil, administrativo y judicial.* El primer carácter se determina por exclusión: siempre y cuando el depósito no esté reglamentado por el Código de Comercio o por ley administrativa, se sujeta a las disposiciones del Código Civil. Debemos pues, ante todo, determinar cuando el depósito es mercantil y administrativo, para, por exclusión, saber cuándo es civil.

Según el Código de Comercio, *el depósito es mercantil* cuando tiene por origen una operación comercial y cuando recae sobre cosas mercantiles. "Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil" (Art. 332 de dicho ordenamiento). Los artículos 333 a 338 del mencionado Código de Comercio, regulan el depósito mercantil. En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los artículos 267 a 275 reglamentan el *depósito bancario de dinero* y los artículos 276 a 279 se refieren al *depósito bancario de títulos.*

El depósito es administrativo, cuando alguna ley ordena con motivo de una concesión, permiso o autorización administrativa, la necesidad de constituir un depósito ante un órgano del Estado. Así la Ley General de Vías de Comunicación exige depósitos para los concesionarios o para otorgar permisos. En materia fiscal se prevén diferentes depósitos que tienen el carácter de garantía; constantemente las leyes fiscales exigen esos depósitos.

Puede no tener el depósito el carácter de administrativo, *sino ser judicial,* en los casos en que la ley requiera, tanto en materia penal como civil, un depósito en calidad de caución. Pero, en estos casos, se desvirtúa la naturaleza del contrato para convertirse en una prenda.

3.—*Depósito regular e irregular.*—Se llama regular el depósito, cuando el depositario no puede disponer ni usar de la cosa depositada, debiendo restituirla individualmente e irregular, cuando sí está autorizado para disponer de ella, en virtud de que se constituye sobre bienes fungibles, teniendo la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso se convierte en mutuo. Desde el Código

de 1884, en materia civil, se declaraba que los llamados depósitos irregulares, para los efectos de la ley, se reputaban contratos de censo consignativo, cuando el dinero se imponía sobre inmuebles y contratos de mutuo cuando faltaba esa circunstancia. Por consiguiente, el depositario no incurría en responsabilidad penal si disponía de la cosa depositada o si la perdía o quedaba imposibilitado para restituirla. Artículo 2555 del Código Civil de 1884: "El contrato llamado hasta hoy depósito irregular, que consiste en dar una cantidad de dinero no exigible sino en cierto plazo, cobrando entretanto réditos, así como toda entrega de dinero que cause interés, no se regirán por las disposiciones relativas al depósito, sino por las que arreglan el censo consignativo, cuando el dinero se imponga sobre bienes inmuebles, o por las del mutuo con interés, cuando falte esa circunstancia, ya sea que en uno o en otro caso se constituya o no hipoteca".

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 93 y 94.

Tiene interés aclarar este concepto, porque el llamado depósito irregular fue una forma usada para darle al mutuo el carácter de depósito, a efecto de que el depositario incurriese en responsabilidad penal si no restituía la suma o valores entregados. Ese depósito, conforme a nuestra legislación, en realidad es un contrato de mutuo, y faculta al depositario para disponer de la cosa. Los artículos 382 y 383 del Código Penal del Distrito Federal, dicen así: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya trasmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario.

Si excede de esta cantidad pero no de 2,000, la prisión será de uno a seis años y multas de 100 hasta 180 veces el salario.

Si el monto es mayor de 2,000 veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario".

"Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

I.—El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial, o bien si la hubiere dado en prenda y la conserva en su poder como depositario a virtud de un contrato celebrado con alguna institución de crédito, en perjuicio de ésta; II.—El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o

ante las autoridades, administrativas o del trabajo; III.—El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 287 y 288.

4.—*Elementos esenciales.*—Sólo precisa estudiar el objeto, pues según el Código vigente puede recaer el depósito sobre muebles e inmuebles, pudiendo comprender valores, documentos, títulos de crédito o, en general, bienes muebles, y según sea la naturaleza civil o mercantil del objeto, el contrato tomará esas características. Artículo 2518 del Código Civil vigente: "Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de su vencimiento, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las leyes". El depósito de cosas mercantiles es mercantil, lo mismo que el de títulos de crédito.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. x, Los Contratos Civiles, págs. 478 y 479.

5.—*Elementos de validez.—Capacidad.*—En cuanto a la capacidad, el contrato de depósito exige la aptitud general para contratar y no requiere, respecto del depositante, la propiedad de la cosa, es decir, el usufructuario, el arrendatario, mandatario o poseedor, pueden todos ellos constituir válidamente el contrato de depósito. El artículo 2551 del Código Civil de 1884, decía: "Pueden dar en depósito todos los que pueden contratar". Como por su naturaleza, el depósito permite que el depositante exija la restitución cuando lo desee, a pesar de haberse señalado un plazo, aquellos que simplemente tengan el uso o disfrute de los bienes ajenos, pueden constituir depósito de los mismos, ya que en todo tiempo pueden exigir la devolución de la cosa depositada. Respecto del depositario, se requiere también la capacidad general para contratar. La incapacidad de las partes que origina la nulidad relativa del contrato, no libera al contratante capaz de sus obligaciones. "La incapacidad de uno de los contratantes no exime al otro de las obligaciones a que están sujetos el que deposita y el depositario" (Art. 2519). Por otra parte, ésta es una consecuencia natural de la nulidad, obtener la restitución de las prestaciones, es decir, si el depositante es incapaz, no por ello el depositario queda liberado de su obligación de restituir, de custodiar, de indemnizar de los daños, etc. A su vez, si el depositario es el incapaz, tiene la obligación de restituir la cosa. "El incapaz que acepte el depósito puede, si se le demanda por daños y perjuicios, oponer como excepción

la nulidad del contrato; mas no podrá eximirse de restituir la cosa depositada si se conserva aún en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación" (Art. 2520). También la incapacidad de una de las partes, obliga a la otra a indemnizarle los perjuicios y daños causados por su dolo o malicia, es decir si el depositario capaz por su dolo o malicia obtiene una cosa en depósito de un incapaz, además de sus obligaciones generales, tiene la de indemnizar de los daños y perjuicios causados.

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 91 y 92.

6.—*La forma.*—Por lo que se refiere a éste elemento de validez, ya dijimos que este contrato se caracteriza como consensual; la formalidad es sólo *ad probationem,* como medida de seguridad de las partes, no como requisito para la validez del contrato. Los artículos 2548 a 2550 del Código Civil de 1884 disponían: "Será obligación del deponente hacer constar por escrito firmado por el depositario, la cantidad, clase y demás señas específicas de la cosa depositada." "La omisión del requisito que prescribe el artículo anterior, sujeta al deponente, en el caso de que se niegue o adultere el depósito, a la obligación de probar la realidad de éste o la adulteración que alegue haberse hecho en él." "El depositario que fuere convencido de haber negado o adulterado el depósito, quedará sujeto a las penas que establece el Código Penal".

7.—*Obligaciones del depositario.*—Este tiene como obligaciones principales: 1o. Recibir la cosa (impuesta por la definición del artículo 2516). 2o. Custodiar y conservar la cosa. 3o. Dar aviso al dueño o a la autoridad competente, en caso de que la cosa depositada haya sido robada y 4o. Restituir la cosa objeto del depósito.

a).—Por lo que se refiere a la obligación de recibir la cosa, ya quedó explicada al tratar de la naturaleza consensual del depósito en el Código vigente.

b).—Respecto al deber de custodia y conservación ya hemos explicado cómo, para el depósito, según sea oneroso o gratuito, se distinguen desde el derecho romano, diversos grados de responsabilidad. En el derecho citado, el depósito fue gratuito por naturaleza, pero podía pactarse una retribución. En el primer caso, depósito gratuito, el depositario sólo respondía de la culpa grave, es decir, dolo o malicia, cuando no observaba la diligencia mínima de todo hombre; si era oneroso respondía de la culpa grave y leve cuando no observaba la diligencia mínima y la media del buen padre de familia. Nuestro Código vigente, lo mismo que el de 1884, admite la distinción de depósito gratuito y oneroso, y nos dice que el depositario tendrá obligación de indemnizar daños y per-

juicios cuando proceda con malicia o negligencia. "El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado. En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia" (Art. 2522).

Manuel Mateos Alarcón, ob. cit., t. V, págs. 96 y 97.

El depositario, como una consecuencia de la obligación de conservar, está obligado a responder de todos los daños y perjuicios que sufra la cosa y que le sean imputables. Si perece la cosa por caso fortuito o por fuerza mayor, perece para su dueño; si perece por culpa grave del depositario, éste debe cubrir su valor.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, Los Contratos Civiles, págs. 450 y 451.

Los artículos 2535 a 2537 regulan de manera especial la responsabilidad de los hoteleros, en la siguiente forma: "Los dueños de establecimientos en donde se reciben huéspedes son responsables del deterioro, destrucción o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento con su consentimiento o el de sus empleados autorizados, por las personas que allí se alojen; a menos que prueben que el daño sufrido es imputable a estas personas, a sus acompañantes, a sus servidores o a los que los visiten, o que proviene de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de los mismos efectos. La responsabilidad de que habla este artículo no excederá de la suma de doscientos cincuenta pesos cuando no se pueda imputar culpa al hostelero o a su personal". "Para que los dueños de establecimientos donde se reciben huéspedes sean responsables del dinero, valores u objetos de precio notoriamente elevado que introduzcan en esos establecimientos las personas que allí se alojen, es necesario que sean entregados en depósito a ellos o a sus empleados debidamente autorizados". "El posadero no se exime de la responsabilidad que le imponen los dos artículos anteriores por avisos que ponga en su establecimiento para eludirla. Cualquier pacto que celebre, limitando o modificando esa responsabilidad, será nulo".

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 551 y 552.
Planiol y Ripert, ob. cit., t. X, Los Contratos Civiles, págs. 475 a 483.

c).—En cuanto a la tercera obligación eventual del depositario, los artículos 2523 y 2524 disponen lo siguiente: "Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario de que la cosa es robada

y de quién es el verdadero dueño, debe dar aviso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida". "Si dentro de ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna".

8.—*Obligación de restituir.*—El depositario está obligado a restituir la cosa objeto del depósito. Esta obligación es en especie, es decir, deberá devolver la misma cosa depositada. Artículos 2525 y 2526 del Código Civil vigente.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 282.

El tiempo de la restitución, implica para este contrato una excepción a la regla general de que la validez de los contratos no depende del arbitrio de las partes. En el depósito, por ser un cargo de confianza, la restitución está al arbitrio del depositante aunque exista plazo: artículo 2522. Tiene interés práctico esta disposición en el depósito, para la prescripción positiva y para la negativa. Esta última no corre sino a partir del momento en que la obligación se hace exigible. En los depósitos sin plazo, no se hace exigible sino hasta el momento en que se requiere al depositario. Este no podrá invocar la prescripción negativa máxima de 10 años, cuando conserva la cosa por un plazo mayor de este término, si es que el depositante no lo ha requerido, pues en tanto que ello no suceda, la obligación de restituir no se ha hecho exigible. Puede prolongarse indefinidamente sin que haya prescripción negativa, ni mucho menos positiva, ya que el depositario, como poseedor precario, no puede adquirir por usucapión. No puede correr pues la prescripción negativa, si la obligación no se hace exigible y esto sólo es posible por medio de la interpelación judicial o extrajudicial. Respecto del depositario existe también el principio de libertad para restituir cuando quiera, si no se hubiere señalado plazo. "Cuando no se ha estipulado tiempo, el depositario puede devolver el depósito al depositante cuando quiera, siempre que le avise con una prudente anticipación, si se necesita preparar algo para la guarda de la cosa" (Art. 2531). En el caso de que se hubiere estipulado un plazo, rige el artículo 2529: "El depositario puede, por justa causa, devolver la cosa antes del plazo convenido".

9.—*Obligaciones del depositante.*—Son principalmente las siguientes:

1a. Entregar la cosa, como consecuencia de la naturaleza consensual que tiene actualmente el contrato de depósito.

2a. Remunerar al depositario, salvo pacto en contrario.

3a. Indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación de la cosa, y de los daños y perjuicios que hubiere sufrido.

Respecto de la primera obligación, ya explicamos su contenido al tratar de la naturaleza consensual de este contrato conforme al Código vigente. Aun cuando en la definición que nos da el artículo 2516, no se diga expresamente que el depositante está obligado a entregar la cosa objeto del contrato al depositario, se reconoce este deber jurídico al decir que este último se obliga a recibirla, lo cual lógicamente implica el deber de entregar en el depositante, toda vez que en tal hipótesis ya la cosa no se entrega como un elemento constitutivo o de formación del contrato, sino como una obligación nacida del mismo.

En cuanto a la retribución, la impone el Código en vigor como una consecuencia natural del contrato, a diferencia del anterior y la legislación romana. En esta obligación de remunerar no se comprenden los gastos hechos en la custodia y los desembolsos ejecutados por el depositario para conservar la cosa, pues tales prestaciones son objeto de la tercera obligación, de carácter contingente que además comprende el pago de los daños y perjuicios que sufra el depositario por la custodia de la cosa, y que no le sean imputables, los cuales deberán ser cubiertos por el depositante. "El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido". (Art. 2532.)

Ruggiero, ob. cit., v. II. pág. 554.

10.—*El secuestro.*—El secuestro es un depósito judicial y, por consiguiente, no es un contrato; sólo en los casos de secuestro convencional tiene las características del depósito, aunque también, un régimen especial; pero el secuestro ordinario o sea el judicial, llamado también embargo, es un acto plurilateral de autoridad, que no tiene las características esenciales del contrato. Artículos 2539, 2540, 2544 y 2545: "El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero, hasta que se decida a quién debe entregarse". "El secuestro es convencional o judicial". "Secuestro judicial es el que se constituye por decreto del juez". "El secuestro judicial se rige por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y, en su defecto, por las mismas del secuestro convencional". Aunque el artículo 2539 nos habla del secuestro como depósito, no debe entenderse que se refiere al "contrato" de depósito, sino al acto mismo del depósito, que no necesariamente implica un contrato. En el secuestro judicial, o sea el depósito ordenado por el juez con motivo de un litigio, para asegurar ciertos bienes, no hay consentimiento o acuerdo libre de voluntades entre depositante y depositario; por el contrario, hay el aseguramiento de una cosa contra la voluntad del dueño

o poseedor, y, por tanto, no concurre el depositante prestando su voluntad. Es pues un acto de autoridad de naturaleza especial, acto complejo y plurilateral, supuesto que concurren las siguientes voluntades: 1o. La voluntad del juez que decreta el secuestro (Art. 2544). 2o. La voluntad del ejecutor, del actuario en nuestro derecho, que obra cumpliendo el decreto del juez para asegurar los bienes. El actuario practica la diligencia declarando secuestrados los bienes y constituyendo el depósito. Se aplican al efecto las reglas del Código de Procedimientos Civiles, artículos 534 a 563. 3o. La voluntad del depositario que debe aceptar el cargo y protestar su fiel y legal desempeño.

Planiol, y Ripert, ob. cit., t. x, Los Contratos Civiles, págs. 490 y 491.

11.—*El secuestro convencional.*—Por lo que a éste se refiere, sí existen las características fundamentales del contrato, supuesto que es el depósito que por acuerdo de las partes litigantes se constituye en favor de un tercero, quien deberá entregar la cosa a aquél a quien se decida por sentencia ejecutoriada. Tiene, no obstante, el secuestro convencional, la característica especial de que, como la cosa está en litigio, como existe duda respecto a quién deberá entregarse, sobre todo en el juicio reivindicatorio y en el plenario de posesión, no puede decirse que sea un litigante el que tenga la capacidad jurídica para otorgar el contrato. Por ello, ambos litigantes, que sostienen tener la propiedad o posesión de la cosa, de común acuerdo la entregan a un tercero, para que éste, a su vez, la entregue a aquél a quien, por sentencia ejecutoriada, se adjudique la propiedad de ella. Artículo 2541: "El secuestro convencional se verifica cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella".

En el secuestro convencional, por consiguiente, se deroga la regla de que el depositario deberá entregar la cosa cuando el depositante se lo pida, ya que la misma está en tela de juicio. A su vez, está obligado el depositario a custodiar y conservar la cosa hasta que se decida el pleito. Sólo por orden judicial o acuerdo de los litigantes, el depositario podrá entregar la cosa antes de que se dicte sentencia. Artículo 2542: "El encargado del secuestro convencional no puede libertarse de él antes de la terminación del pleito, sino consintiendo en ella todas las partes interesadas, o por una causa que el juez declare legítima". De acuerdo con el artículo 2543: "Fuera de las excepciones acabadas de mencionar, rigen para el secuestro convencional las mismas disposiciones que para el depósito". En consecuencia, las obligaciones del depositario serán las mismas y en cuanto a las obligaciones del depositante, habrá que considerar

que ambos litigantes las reportarán, especialmente en lo relativo a la remuneración del depositario y a la indemnización por gastos, daños y perjuicios.

CAPITULO II

MANDATO

1.—*Diferenciación entre el concepto del Código vigente y el de 1884.*—Según el artículo 2546 del Código vigente, el mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encargue.

Analizando esta definición encontramos los siguientes elementos:

1º El mandato se caracteriza expresamente como un contrato.

2º Recae exclusivamente sobre actos jurídicos, y en esto radica la especialidad de este contrato. La promesa o antecontrato también tiene por objeto celebrar actos jurídicos.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 765 y 766.

3º Una tercera característica que nos da el Código vigente, consiste, en que el mandatario deberá ejecutar los actos jurídicos por cuenta del mandante. Tradicionalmente, el mandato se refería a los actos ejecutados por cuenta y en nombre del mandante, es decir, comprendía la forma llamada mandato representativo. En la actualidad, según nuestro Código actual, no es elemento de definición que los actos se ejecutan en nombre del mandante, o sea, creando relaciones jurídicas directas entre el tercero y el mandante, a través del mandatario. En cambio, ejecutar actos por cuenta del mandante, significa que la operación jurídica sólo afectará el patrimonio del mandante, pero cualquiera relación de derecho se originará directamente entre el mandatario y el tercero. Posteriormente, como consecuencia del mandato, aquellos efectos que se vincularon con la persona del mandatario, repercutirán en el patrimonio del mandante. Así se distinguen las dos posibilidades en el mandato o sea, el representativo y el no representativo; pero para la definición del contrato, el Código actual simplemente se refiere al mandato no representativo, sin que ello quiera decir que, cuando los actos se ejecutan en nombre y por cuenta del mandante, no exista este contrato. Es decir, ya no es un elemento esencial o de definición el relativo a que los actos

que ejecute el mandatario se lleven a cabo en representación del mandante.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 252.

Comparando el anterior concepto con el del Código de 1884, hallamos diferencias notables, además de una mejor técnica en la empleada por el vigente. Según el Código de 1884, el mandato era, artículo 2342: "un acto por el cual una persona da a otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa", es decir, era un acto por virtud del cual el mandatario se obligaba a ejecutar los actos que le encargaba el mandante. Por consiguiente, no se caracterizaba expresamente el mandato como un contrato, simplemente se decía que "era un acto", aunque, en nuestro concepto, no podemos considerar que el legislador de 1884 hubiera pensado en el acto jurídico unilateral, ya que clasificó el mandato en el libro de los contratos en particular, y al emplear la palabra acto, simplemente usó la denominación genérica de acto jurídico, que puede ser plurilateral o unilateral. Para el mandato, al colocarlo dentro de ese grupo, pensó indiscutiblemente en el acto jurídico bilateral.

El Código de 1884, en la definición comentada, decía que el mandatario se obligaba a ejecutar en nombre del mandante los actos que éste le encomendara. Consideró, como elemento de definición, por consiguiente, la representación en el mandato y no admitió el mandato no representativo; los actos jurídicos ejecutados en nombre del mandante, creaban relaciones concretas y directas entre el mandante y los terceros; consecuentemente, también son actos ejecutados por cuenta del mandante, representando y afectando su patrimonio. No obstante que no era una novedad el mandato no representativo y que en materia comercial ya se había aceptado primero por la doctrina y luego por el derecho positivo, (la comisión o mandato mercantil no representativo), el Código de 1884, siguiendo la tradición romana, no aceptó el mandato no representativo.

En el Código de 1884, no se requería expresamente que esos actos fuesen jurídicos; sin embargo de dicha expresión literal no cabía deducir que fuesen contenido del mandato los actos materiales. Es verdad que lo único que se exigía era que dichos actos fuesen lícitos. Decía así el artículo 2344 del Código Civil de 1884: "Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exija la intervención personal del principal interesado". Sin embargo, cabe objetar que al requerir el citado Código de 1884, que los actos se ejecuten en nombre del mandante por ese hecho únicamente quiso referirse a los actos jurídicos, que son los únicos que pueden celebrarse en representación de otro.

En el Código vigente, por los términos del artículo 2546, el mandato sólo puede recaer o referirse a actos jurídicos.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 355.

2.—*Caracterización del mandato.*—Este contrato es generalmente principal, es decir, tiene vida independiente de cualquier otro contrato; pero, puede ser accesorio cuando el mandato desempeña una función de garantía o de medio para cumplir una obligación preexistente, constituida a cargo del mandante. V. g.: Cuando éste es deudor del mandatario y le da poder para el cobro de ciertos créditos suyos a efecto de que, con su producto, se pague la obligación existente entre ellos. En ese caso el mandato está vinculado con una operación anterior y tiene por objeto dar cumplimiento a la misma.

Es además, bilateral, en virtud de que impone obligaciones recíprocas según veremos después. En el Código vigente, lo mismo que en los Códigos de 1870 y de 1884, el mandato sólo será gratuito cuando así se haya convenido expresamente. De lo contrario la ley lo reputa por naturaleza oneroso, al imponer provechos y gravámenes recíprocos consistentes respecto al mandatario en ejecutar la misión que se le encargue, lo cual implica un gravamen para él y un beneficio para el mandante, con la obligación para éste de cubrir honorarios o una retribución al mandatario. El artículo 2549 del ordenamiento en vigor, substancialmente igual a los artículos 2506 del Código de 1870 y 2374 del anterior, prescribe: "Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente". Además, el contrato de mandato se caracteriza como formal por regla general, excepcionalmente puede ser consensual, es decir, debe constar por escrito; y, para ciertos negocios, debe otorgarse en escritura pública. Excepcionalmente se acepta el mandato verbal en los negocios menores de $ 200.00.

3.—*Clases de mandato.*—Desde distintos puntos de vista puede clasificarse el mandato en representativo y no representativo, en civil o mercantil, oneroso o gratuito, general o especial.

Tiene el carácter de mandato representativo aquel en que el mandatario ejecuta los actos en nombre y por cuenta del mandante, y es no representativo, cuando el mandatario ejecuta actos sólo por cuenta, pero no en nombre del mandante. Los artículos 2560 y 2561 del Código vigente, estatuyen: "El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante". "Cuando el mandatario obra en su propio

nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 377 y 378.

Josserand distingue el mandato no representativo del derecho mercantil, en el cual el comisionista se presenta ostensiblemente ante el público como actuando por otro, pero no en su nombre; y el mandato secreto o convención de testaferro, a la que se refiere también Bonnecase.

El mandato puede ser además mercantil cuando se otorgue para ejecutar actos comerciales, en cuyo caso se denomina comisión mercantil; expresamente dice el Código de Comercio que el mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. En esta definición de dicho ordenamiento, no se expresa que los actos concretos de comercio sean necesariamente jurídicos, pero dentro del concepto de acto de comercio, se sobreentiende que serán actos jurídicos.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 766 y 767.

4.—*Mandato general y especial.*—El mandato puede revestir esas dos formas. El Código reglamenta como mandatos generales los que se dan respecto de varios asuntos, para pleitos y cobranzas, para administración y aquellos que se otorgan para ejecutar actos de dominio, y considera que todos los demás mandatos son especiales. También indica que por mandato especial debe entenderse aquel que, aun cuando recaiga sobre alguna de las materias del mandato general, se limita por el mandante a la ejecución de ciertos actos. Es decir, el Código considera que por su naturaleza son generales, el mandato judicial para pleitos y cobranzas; el que tiene por objeto ejecutar actos de dominio, y el que se da para actos de administración; pero, dentro de estas tres materias, si el mandante restringe las facultades del mandatario, al referir esas facultades a un negocio especial, el mandato será especial. Supongamos, mandato judicial para representar sólo en un determinado negocio, o mandato para vender un bien determinado. Cuando el mandato no impone esas limitaciones especiales, es general. También es especial cuando expresamente el mandante lo refiere a un negocio determinado. Dice a este respecto el artículo 2553: "El mandato puede ser general o especial.

Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554. Cualquiera otro mandato tendrá el carácter de especial", y como los tres párrafos del 2554 enumeran las tres formas ya indicadas, a contrario sensu decimos que son mandatos especiales los que no encajan en las formas generales del mandato para actos de dominio, de administración o para pleitos y cobranzas.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 808 y 809.

5.—*El consentimiento.*—En cuanto al consentimiento, hay en el mandato una modalidad especial. En efecto, el acuerdo de voluntades puede realizarse en forma expresa o tácita por parte del mandatario y también, en algunos poderes, el silencio del mandatario equivale a aceptación. Es el contrato de que nos ocupamos el único en el cual el silencio produce efectos jurídicos. No es una novedad el consentimiento tácito. Ya lo estudiamos al tratar el arrendamiento, en el que se llama tácita reconducción; pero sí es una excepción que el silencio del mandatario lo tome en cuenta la ley para atribuirle el efecto de que acepta el mandato; aunque para ciertos contratos puede haber oferta tácita en nuestro derecho, en el mandato debe ser verbal o escrita y por consiguiente siempre expresa. En cambio, para el mandatario dice la ley que puede haber aceptación expresa (de palabra, por escrito o por signos inequívocos) y tácita, cuando el mandatario ejecuta los actos que le encomiende el mandante, sin que declare que acepta el mandato. En los mandatos que se otorgan a ciertas personas que públicamente ofrecen sus servicios, si estos mandatos no son rechazados dentro de tres días, la ley considera que el silencio de esos profesionistas equivale a una aceptación. Es, como decíamos, el único caso que en nuestro derecho, en materia de contratos, se atribuye efectos al silencio. Artículo 2547: "El mandato que implica el ejercicio de una profesión, se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato".

Dada la naturaleza de la aceptación tácita y la circunstancia especial de que el mandato se otorga generalmente mediante una declaración unilateral del mandante, se ha pensado en que esta figura jurídica no es propiamente un contrato. Si se juzga superficialmente el otorgamiento de un poder, se pensará que, como el mandante hace una manifestación de voluntad unilateral, el mandato es un acto y no un contrato, tal como decía el Código anterior. Sin embargo, el artículo 2547, para evitar una interpretación equívoca, dispone que el mandato se reputa perfecto

hasta el momento de la aceptación, como en cualquiera otro contrato; pero, al mismo tiempo, admite que la aceptación puede ser, además de expresa o tácita, simplemente presunta, en el caso ya indicado.

6.—*El objeto.*—Respecto a éste, también tiene el mandato características muy especiales. Debe recaer exclusivamente sobre actos jurídicos, como ya explicamos. Estos actos jurídicos deben ser posibles, lícitos y de tal naturaleza que puedan ejecutarse por el mandatario; por consiguiente, el mandato no puede recaer sobre actos jurídicos que, conforme a la ley, sean personalísimos. No puede haber mandato para otorgar un testamento o para declarar como testigo. En todos aquellos actos jurídicos en que cabe la representación, el mandato sí puede otorgarse.

Conforme a la ley 33 de Toro, que se encuentra codificada tanto en la Nueva, como en la Novísima recopilación, se permitía otorgar testamento por conducto de un mandatario, pero el mandato para testar tenía un término de duración de cuatro meses a partir de la fecha en que se hubiere otorgado, el cual se ampliaba a seis, cuando el mandatario radicare dentro de los reinos, y hasta un año si estuviere fuera. Dicho mandato podía prorrogarse de manera expresa por el mandante.

Los actos jurídicos, además de ser lícitos, deben ser posibles, tanto física como jurídicamente. Podría presentarse el caso de un mandato para ejecutar actos jurídicos imposibles desde el punto de vista legal; en este caso, el contrato es inexistente por falta de objeto, supongamos, poder para adquirir bienes destinados a un servicio público o de uso común.

Conforme al artículo 2548: "Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 803 y 804.

7.—*La capacidad.*—Este elemento de validez presenta en el mandato características especiales. No basta la capacidad general para contratar en el mandante; éste debe tener una doble capacidad: a) para contratar y b) para ejecutar el acto jurídico que encomiende al mandatario. En un mandato para enajenar, el mandante no sólo debe tener capacidad para contratar, sino también para enajenar.

Un menor emancipado que tiene capacidad general para contratar, pero no para ejecutar actos de dominio sobre inmuebles, no podrá conferir mandato para esta clase de actos. En cambio, el mandatario, basta que tenga capacidad general para contratar, en el mandato representativo.

En el no representativo, como la relación jurídica se constituye directamente entre mandatario y tercero, la capacidad del mandatario debe ser, no sólo general, sino especial, para ejecutar el acto jurídico de que se trate.

Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 518.

En el mandato judicial el artículo 2585 estatuye tres prohibiciones para ser procurador en juicio, las que implican en el fondo tres restricciones a la capacidad de goce del mandatario. Artículo 2585: "No pueden ser procuradores en juicio: I.—Los incapacitados; II.—Los jueces, magistrados y demás funcionarios y empleados de la administración de justicia en ejercicio, dentro de los límites de su jurisdicción; III.—Los empleados de la Hacienda Pública del Distrito Federal, en cualquiera causa en que puedan intervenir de oficio, dentro de los límites de sus respectivos ámbitos de competencia". G.O.DF., 25 de mayo de 2000.

Josserrand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 380 y 381.

8.—*La forma.*—Por lo que se refiere a este otro elemento de validez en el mandato, cabe observar que ha sido minuciosamente reglamentado por el Código vigente, originando un problema para el mandatario judicial. Dicen al efecto, los siguientes preceptos:

"Art. 2550.—El mandato puede ser escrito o verbal".

"Art. 2551.—El mandato escrito puede otorgarse:

"I. En escritura pública;

"II. En escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Juez de Paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos.

"III.—En carta poder sin ratificación de firmas". G.O.DF., 25 de mayo de 2000.

"Art. 2552.—El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presente, hayan o no intervenido testigos.

Cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio".

"Art. 2555.—El mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes:

I.—Cuando sea general;

II.—Cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior el equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse o;

III.—Cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público".

"Art. 2556.—El mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para el que se confiere no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse.

Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Fe-deral al momento de otorgarse".

Posteriormente, el Código dispone que el mandato judicial se otorgará por escrito ante el juez, y que éste exigirá la ratificación de la firma, y es aquí donde se origina el problema. Artículo 2586: "El mandato judicial será otorgado en escritura pública, o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos..." La primera interpretación que se hizo del mandato judicial, fue exigir siempre, conforme al artículo últimamente citado, que se otorgase por escrito, ratificando las firmas ante el juez; pero, posteriormente, se sostuvo que el mandato judicial está también previsto por el artículo 2551, aun cuando este precepto se encuentra en el capítulo del mandato general, supuesto que habla de carta-poder ratificada ante el juez cuando el interés del negocio llegue o pase de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse y que no será necesaria la ratificación de la firma en negocios de cuantía menor a esa suma. Se argumenta que si el legislador se refirió a la hipótesis de que el mandato debería ratificarse ante el juez, era para el negocio que se estaba ventilando y, por consiguiente, era un mandato judicial y que por disposición expresa, cuando su cuantía era inferior a la suma de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, bastaba la carta-poder sin ratificación de firmas.

Podemos por tanto considerar en relación con el problema relativo a la forma en el mandato judicial que, conforme a los artículos 2551 y 2556, en relación con el artículo 2555, para el mandato judicial son aplicables las reglas generales contenidas en esos preceptos, toda vez que expresamente se refiere el Código a la necesidad de ratificar el mandato ante el juez, si el negocio para el cual se confiere llega a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse o excede de esa suma; pero que cuando el negocio sea inferior a esa cantidad, y no es general, basta la carta-poder ante testigos, sin que sea menester la ratificación de firmas.

Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 2555, en la actualidad los jueces han terminado por reconocer que en los negocios judiciales cuya cuantía sea inferior a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, basta la carta-poder ante testigos, sin que sea menester la ratificación de firmas.

9.—*Inobservancia de la forma.*—Por lo que se refiere al problema de la nulidad por inobservancia de la forma, también el mandato presenta características especiales. Cuando no se otorga con las formalidades debidas, está afectado de nulidad relativa; y según la regla general, en toda nulidad de esa clase, cualquiera de las partes puede invocarla. En el mandato, además del mandatario y mandante, pueden invocarla los terceros que hubiesen contratado ya que a ellos afecta directamente el mandato, y la validez jurídica de la operación dependerá de que se hubiese observado la formalidad correspondiente. Del artículo 2558 interpretado a contrario sensu, se desprende que los terceros que hubieren contratado sí pueden pedir la nulidad del mandato por falta de forma, cuando hubieren procedido de buena fe. Dice así dicho precepto: "Si el mandante, el mandatario y el que haya tratado con éste proceden de mala fe, ninguno de ellos tendrá derecho de hacer valer la falta de forma del mandato".

Se introduce como modalidad, que no podrá invocarse la nulidad del mandato si se hubiere procedido de mala fe, es decir, conociendo la inobservancia de la forma. Tenemos como artículos especiales en esta materia, el 2557, el 2558 y el 2559. Según este último, en los casos de nulidad del mandato, el madatario se constituye depositario de las sumas que hubiese recibido del mandante, para devolverlas inmediatamente, y no podrán ser destinadas a la operación materia del mandato. Artículo 2557: "La omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden, anula el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiere obrado en negocio propio". Artículo 2559: "En el caso del artículo 2557, podrá el mandante exigir del mandatario la devolución de las sumas que le haya entregado y respecto de las cuales será considerado el último como simple depositario".

10.—*Obligaciones del mandatario.*—Tiene las siguientes:

1a. Ejecutar el mandato personalmente, excepto cuando está facultado para delegarlo o sustituir el poder. La delegación es diferente de la sustitución del poder. En la primera, el mandatario otorga a su vez un nuevo mandato y se convierte en mandante con respecto al segundo mandatario, de tal suerte que las relaciones jurídicas que se originan por virtud de la delegación, son directas entre el segundo mandatario y el primero, quien funge como mandante con relación a aquél y como mandatario respecto del mandante originario. En la sustitución, que también requiere cláusula especial, hay una verdadera cesión del mandato, de tal suerte que el mandatario sustituto entra en relaciones jurídicas con

el mandante, y el mandatario que sustituye el poder queda excluido, es decir, sale de aquella relación jurídica.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 370.

2a. El mandatario, se sujetará a las instrucciones recibidas. Artículo 2562: "El mandatario, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del mandante y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo". Si hubiese un acontecimiento imprevisto o las instrucciones fuesen insuficientes, o si no hubiesen tales instrucciones, el mandatario está facultado para obrar a su arbitrio, debiendo consultar con el mandante si el negocio lo permite, y está obligado a proceder con la diligencia del caso, como si se tratase de cosa propia, respondiendo, por consiguiente, de una culpa in concreto.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 821 y 822.

No existe, en este contrato, la culpa in abstracto con sus tres grados del derecho romano. Artículo 2563: "En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio". Artículo 2565: "En las operaciones hechas por el mandatario, con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del mandante, de daños y perjuicios, quedará a opción de éste, ratificarlas o dejarlas a cargo del mandatario".

3a. El mandatario deberá informar al mandante durante la ejecución del mandato y al terminar éste. Artículo 2566: "El mandatario está obligado a dar oportunamente noticia al mandante, de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo. Asimismo, debe dársela sin demora de la ejecución de dicho encargo".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 826 y 827.

4a. El mandatario deberá rendir cuentas al mandante, entregando todas las sumas que hubiere recibido por el mandato, y las utilidades o cantidades que por cualquier otra causa percibiere, aunque legalmente no correspondan al mandante. Artículo 2569: "El mandatario está obligado a dar al mandante cuentas exactas de su administración, conforme al convenio, si lo hubiere; no habiéndolo, cuando el mandante lo pida,

y en todo caso al fin del contrato". Artículo 2570: "El mandatario tiene obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder". Artículo 2571: "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aun cuando lo que el mandatario recibió no fuere debido al mandante". Acepta el Código que habría un enriquecimiento sin causa en el mandatario si éste percibe cantidades que legalmente no le corresponden y, ante este enriquecimiento sin causa, como las relaciones jurídicas se crean entre los terceros y el mandante, será éste el que puede resultar obligado a restituir aquello que indebidamente recibió el mandatario. Por este motivo, éste entregará al mandante aquellas sumas, para que, de existir repetición de lo pagado, pueda el mandante restituir.

También el mandatario está obligado a pagar intereses por las cantidades que hubiese destinado a negocios propios, a partir de la fecha en que hubiere dispuesto de ellas, sin perjuicio de la responsabilidad penal, por las diversas cantidades en que resulte alcanzado en la rendición de cuentas. Artículo 2572: "El mandatario debe pagar los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que haya distraído de su objeto e invertido en provecho propio, desde la fecha de inversión; así como los de las cantidades en que resulte alcanzado, desde la fecha en que se constituyó en mora".

El derecho de retención permitirá cuando se rindan cuentas, no entregar aquellos bienes o sumas que correspondan al mandante, si éste no cumple con su obligación. El derecho de retención es, en este caso, excepcional y sólo lo autoriza la ley para ciertos contratos como el mandato, el hospedaje y la prenda, porque implica, en realidad, hacerse justicia por propia mano. Cuando tratemos de la prenda estudiaremos la naturaleza de este derecho, por ser ahí el lugar indicado. Artículo 2579: "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores". Los artículos 2577 y 2578 se refieren a las obligaciones del mandante de anticipar fondos al mandatario, reembolsar los que hubiere éste adelantado e indemnizarlo de los daños y perjuicios que le hubiere causado la ejecución del mandato.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 840 a 842.

5a. *El mandatario deberá indemnizar al mandante de los daños y perjuicios que le causare cuando se exceda en sus facultades, traspasando los límites del mandato.*

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 819 y 820.

11.—*Obligaciones especiales del mandatario judicial.*—Los artículos 2588 y 2591 imponen obligaciones específicas al mandatario judicial, las cuales consisten en: *1a. Seguir el juicio por todas sus instancias* y procurar la mejor defensa del mandante. Artículo 2588: "El procurador, aceptado el poder, está obligado: I.—A seguir el juicio por todas sus instancias mientras no haya cesado en su encargo por alguna de las causas expresadas en el artículo 2595; III.—A practicar, bajo la responsabilidad que este Código impone al mandatario, cuando sea necesario para la defensa de su poderdante, arreglándose al efecto a las instrucciones que éste le hubiere dado, y si no las tuviere, a lo que exija la naturaleza e índole del litigio". *2a. Seguir las instrucciones del mandante y* a falta de ellas, hacer lo que exija la naturaleza e índole del litigio. Esta obligación corresponde a la que en segundo lugar señalamos para el mandatario en general. *3a. Pagar los gastos que cause el juicio* con derecho a reembolso. Artículo 2588: "El procurador, aceptado el poder, está obligado: II.—A pagar los gastos que se causen a su instancia, salvo el derecho que tiene de que el mandante se los reembolse". *4a. No admitir el poder que le otorgare el colitigante.* Artículo 2589: "El procurador o abogado que acepte el mandato de una de las partes no puede admitir el del contrario, en el mismo juicio, aunque renuncie el primero". Artículo 232 del Código Penal: "Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión. I.—Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos, en un mismo negocio o negocios conexos, o cuando se acepta el patrocinio de alguno y se admite después el de la parte contraria; II.—Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y III.—Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa". *5a. No revelar los secretos del mandante* a la parte contraria, ni suministrarle datos o documentos que puedan perjudicar al mandante. Artículo 2590 del Código vigente: "El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone en el Código Penal". Artículo 210 y 211 del Código Penal: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto". "La sanción será de uno a cinco años, multa de

cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial". *6a. No abandonar el desempeño de su encargo, sin nombrar a un sustituto,* teniendo facultades para ello, o sin previo aviso al mandante para que nombre a otro mandatario, aunque tenga justo impedimento para desempeñar el mandato. Artículo 2591: "El procurador que tuviere justo impedimento para desempeñar su encargo, no podrá abandonarlo sin substituir el mandato teniendo facultades para ello o sin avisar a su mandante, para que nombre a otra persona".

12.—*Obligaciones del mandante.*—Este tiene como obligaciones principales:

1a. Anticipar al mandatario los fondos necesarios para la ejecución del mandato, cuando el último así lo solicite. Artículo 2577: "El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo".

2a. Pagar al mandatario las cantidades que hubiese anticipado o suplido para la ejecución del mandato, así como los intereses correspondientes a partir de la fecha del desembolso.

3a. Indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios causados por la ejecución del mandato, siempre y cuando no haya habido culpa en el mandatario. Artículo 2578: "Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario".

4a. Cubrir al mandatario una retribución u honorarios, cuando no se haya estipulado que el mandato sea gratuito. Por naturaleza el mandato es oneroso y el mandatario tiene derecho de exigir una retribución, pero esto no impide pactar la cláusula en contrario. Artículo 2549: "Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente". En el derecho francés opera la presunción contraria, es decir, el mandato en principio se reputa gratuito y sólo en determinados casos, cuando implique el ejercicio de una profesión se presumirá oneroso.

Planiol y Ripert, op. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 834 y 835.

13.—*Pluralidad de mandantes o mandatarios.*—En las relaciones entre mandatario y mandante, se presenta el problema de la pluralidad de mandantes o mandatarios. Cuando una persona designa varios mandatarios para el mismo negocio, el derecho puede reglamentar la responsabilidad del mandante de dos maneras: admitiendo la simple mancomunidad de los mandatarios, o la solidaridad entre ellos. El derecho romano y el antiguo francés, dispusieron que cuando un mandato se otorgaba en el mismo acto a diversas personas para un mismo negocio, todos los mandatarios respondían solidariamente por los daños y perjuicios, o por el incumplimiento de las obligaciones respecto del mandante. Pero el Código francés y el nuestro, dicen que los mandatarios responden separadamente, es decir, cada mandatario responderá por los daños y perjuicios que hubiese él directamente causado o por el incumplimiento de las obligaciones en que hubiese incurrido. Artículo 2573: "Si se confiere un mandato a diversas personas respecto de un mismo negocio, aunque sea en un solo acto, no quedarán solidariamente obligados si no se convino así expresamente".

En cambio, en los casos en que diversos mandantes otorguen un mandato, a un solo mandatario, como puede ocurrir en la copropiedad, en la herencia, todos los mandantes responden solidariamente en favor del mandatario, respecto a las obligaciones que impone el Código de reembolsar las sumas prestadas, pagar intereses, cubrir honorarios e indemnizar daños y perjuicios. Artículo 2580: "Si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato". Cabe estipular una cláusula en sentido contrario, pactando que los mandantes responderán a prorrata.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs, 366 y 367.

14.—*Relaciones entre mandante, mandatario y terceros.*—Trataremos ahora de estas relaciones que son las de mayor interés jurídico en la práctica. En el estudio de las mismas, conviene hacer la distinción esencial entre mandato representativo y no representativo. En el primero, se crean relaciones jurídicas directas entre mandante y terceros y, por consiguiente, el mandatario no tiene, ni obligaciones respecto de los terceros, ni la facultad correlativa para exigir a éstos en su propio nombre y beneficio, el cumplimiento de sus obligaciones.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 852 y 853.

Realizado el negocio, el mandatario es extraño a la relación jurídica en cuanto a exigir su cumplimiento o responder de las obligaciones contraídas. Como ha obrado en nombre y por cuenta del mandante, la persona de éste y su patrimonio quedan obligados respecto de terceros y así lo declara expresamente el artículo 2581 en relación con el artículo 2560 y 2582. Artículo 2581: "El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato". Artículo 2582: "El mandatario no tendrá acción para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas a nombre del mandante, a no ser que esta facultad se haya incluido también en el poder".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 854 y 855.

Es decir, en los casos en que el mandatario haya traspasado los límites del mandato, éste sea nulo o haya sido revocado, no se crean relaciones entre el mandante y los terceros, pero el mandante puede ratificar lo que hizo el mandatario traspasando el mandato, cuando éste le había sido revocado, o cuando es nulo; se trata pues, de una nulidad relativa y queda a voluntad del mandante cumplir y, por consiguiente, ratificar tácitamente las obligaciones contraídas por el mandatario. Artículo 2583: "Los actos que el mandatario practique a nombre del mandante, pero traspasando los límites expresos del mandato, serán nulos, con relación al mismo mandante, si no los ratifica tácita o expresamente". Para el mandato judicial dispone el artículo 2594: "La parte puede ratificar, antes de la sentencia que cause ejecutoria, lo que el procurador hubiere hecho excediéndose del poder".

Si no ratifica, el mandante, tiene además la acción de daños y perjuicios en contra del mandatario. Asimismo, los terceros no quedan sin protección jurídica; éstos no tienen acción contra el mandante, pero sí contra el mandatario, si procedieron de buena fe, es decir, desconociendo los límites del mandato, la revocación de éste o su nulidad. Si fueren de mala fe, sabiendo que era nulo el mandato, que estaba revocado o que el mandatario traspasaba sus facultades, no tendrán acción alguna en contra del mandatario, a no ser que éste se hubiese obligado personalmente, en cuyo caso, se tratará de un mandato no representativo. Artículo 2584: "El tercero que hubiere contratado con el mandatario que se excedió en sus facultades, no tendrá acción contra éste, si le hubiere dado a conocer cuáles fueron aquéllas y no se hubiere obligado personalmente por el mandante".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 368 y 369.

La segunda forma del mandato, cuando no existe representación, no crea relaciones jurídicas entre mandante y terceros, sino directamente entre mandatario y terceros. El mandatario debe cumplir las obligaciones y tiene derecho de exigir a los terceros el cumplimiento de las suyas; pero, como el mandato afecta al patrimonio del mandante, ya que los actos se ejecutan por su cuenta, en una relación jurídica posterior, exigirá al mandante el reembolso de las cantidades o prestaciones que hubiese pagado por él. A su vez el mandante, exigirá al mandatario las prestaciones, derechos o utilidades que hubiese recibido o adquirido por el negocio. El artículo 2561 antes transcrito así lo dispone expresamente. Se exceptúa el caso en que el mandatario, al ejecutar el mandato por cuenta del mandante, lo haga respecto de cosas propias de éste, por ejemplo, cuando venda un bien del mandante, de tal manera que la relación jurídica se fincará directamente con él.

En el derecho francés no existe propiamente la figura del mandato no representativo, sino que se designa con el nombre de convención de testaferro el contrato por virtud del cual una persona actúa por cuenta, pero no en nombre de otra, ocultando quién es esta última.

Josserand admite la posibilidad de que haya un mandato sin representación, en el cual el mandatario se ostentará ante los terceros como si procediera en negocio propio. Sin embargo, reconoce que tal mandato es imperfecto, siendo una verdadera sombra despojada de la característica esencial de la procuración.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 277.

La convención de testaferro o prestanombre surte todos sus efectos entre las partes, siendo válida, es decir, cuando se ejecuta sin causar perjuicio a tercero y sin violar preceptos de orden público o leyes prohibitivas o imperativas.

Para los terceros que contrataron con el mandatario sin representación, éste es el único obligado y quien está facultado para exigir el cumplimiento de las obligaciones estipuladas a cargo de los mismos.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 379 y 380.

Entre el mandante y dichos terceros no se crean relaciones jurídicas directas o indirectas, pues el citado mandante sólo lo es frente al testaferro, siendo persona totalmente extraña relativamente a dichos terceros; pero ello no impide que por un acto expreso entre mandante, mandatario y tercero que contrató con él, se trasmitan al primero todos los de-

rechos y las obligaciones que respectivamente adquirió y reportó el mandatario.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI. Los Contratos Civiles, págs. 867 a 870.

15.—*Diversas formas de terminación del mandato.*—El artículo 2595 enumera las distintas formas de terminación del mandato. Dice así dicho precepto: "El mandato termina: I.—Por la revocación; II.—Por la renuncia del mandatario; III.—Por la muerte del mandante o del mandatario; IV.—Por la interdicción de uno u otro; V.—Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue concedido; y VI.—En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672".

16.—*Revocación del mandato.*—El mandato termina por la revocación del mismo que haga el mandante, excepto cuando se haya otorgado con el carácter de irrevocable. Artículo 2596: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause". Es irrevocable el mandato cuando se ha conferido como condición para cumplir un contrato bilateral, o como medio para solventar obligaciones previas entre mandante y mandatario, (por ejemplo, cuando para satisfacer una deuda del mandante a favor del mandatario, le otorga a éste poder para que se haga pago con fondos de aquél, que cobrará al deudor en el desempeño del mandato; si el mandatario acepta, no podrá revocar el mandato). En estos casos, tampoco el mandatario podrá renunciar el poder. En la revocación se regulan por la ley diversos modos:

En el mandato judicial la revocación puede hacerse mediante una promoción en el juicio, en la que el mandante manifieste que revoca el poder conferido al mandatario. Artículo 2592: "La representación del procurador cesa, además de los casos expresados en el artículo 2595: IV.—Por hacer el dueño del negocio alguna gestión en el juicio, manifestando que revoca el mandato".

Una segunda forma de revocación es el nombramiento de nuevo mandatario, a no ser que expresamente se estipule que el nuevo nombramiento no implica la revocación del poder anterior. Artículo 2599: "La constitución de un nuevo mandatario para un mismo asunto, importa la revocación del primero, desde el día en que se notifique a éste el

nuevo nombramiento". En el mandato judicial tenemos la aplicación expresa, cuando el mandante confiere un nuevo poder en juicio. Artículo 2592: "La representación del procurador cesa, además de los casos expresados en el artículo 2595: V.—Por nombrar el mandante otro procurador para el mismo negocio". El solo hecho de apersonarse nuevo mandatario implica la revocación del anterior y cuando se desee evitar este efecto, debe manifestarse, que se otorga el nuevo nombramiento sin revocación del mandato precedente.

El Código de 1884 no reguló la figura del mandato irrevocable Conforme al artículo 2398 de dicho ordenamiento: "El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, sin perjuicio de cualquiera condición o convenio en contrario". Esta última parte del precepto admitió dos interpretaciones: una, que fue la dominante, en el sentido de que "sin perjuicio" significaba, "a pesar de" cualquiera estipulación en contrario lo que hacía al mandato revocable por esencia, siendo totalmente ineficaz o inoperante la convención expresa que pretendiera hacerlo irrevocable; la otra interpretación fue en el sentido de que "sin perjuicio" quería decir "sin perjudicar" cualquiera estipulación en contrario, lo que simplemente hacía al mandato revocable por naturaleza (es decir, ante el silencio de las partes); pero no por esencia, puesto que era válido el pacto expreso en contrario. Tal es la opinión que también se sustenta en la doctrina y jurisprudencia francesa, como se aprecia a continuación:

"Casos de irrevocabilidad del mandato.—La regla según la cual el mandato es revocable por parte del mandante no es más que interpretativa de la voluntad de las partes, las que pueden, por tanto establecer que el mandato será irrevocable. En ese supuesto, tendrá que ser limitado a un negocio o por cierto tiempo determinado, ya que el orden público se opone a una obligación indefinida e irrevocable. Además, la revocación puede evidentemente ser pronunciada por los tribunales por culpa del mandatario.

A falta de toda estipulación expresa de irrevocabilidad, la jurisprudencia, interpretando así la intención de las partes, considera irrevocables, por la sola voluntad del mandante, los mandatos que se hayan conferido dice ella —en ventaja del mandatario o de un tercero— aceptante. Este extremo se apreciará por el tribunal de los hechos. No bastará, según dicen las sentencias con que el mandato sea retribuido, para que se le considere como otorgado en favor o ventaja del mandatario, aun cuando sea un profesional. En realidad, si esta última afirmación parece singular, es porque la fórmula empleada no exterioriza exactamente la cuestión planteada. Se trata de saber, no si el mandato es ventajoso al mandatario, sino si esa ventaja es de tal índole que haya que considerar el mandato como irrevocable conforme a la intención de las partes. Tal es, en efecto, el terreno en que se colocan los tribunales.

En la práctica, los mandatos que se declaran irrevocables por el mandante son casi siempre mandatos indivisiblemente ligados a otros contratos, de los que toman su irrevocabilidad (supra, núm. 1429). Por ejemplo, se trata del mandato conte-

nido en una póliza de seguros, que reserva al asegurador la misión de llevar por sí solo, por el asegurado, los pleitos contra tercero, en relación con los riesgos asegurados; o bien se trata de los mandatos conferidos a los acreedores del mandante para efectuar en su nombre operaciones sobre el resultado de las cuales ha convenido pagarles; o bien, en ciertos casos, el mandato conferido por una comunidad de condóminos para gestionar los intereses generales de toda la indivisión; o también el mandato conferido a un Notario en interés común de las partes que otorgan documentos ante él.

Esa irrevocabilidad del mandato no tiene solamente como efecto asegurar una indemnización al mandatario o al tercero perjudicado por la revocación; salvo pacto en contrario, produce la prolongación del mandato, aun contra la voluntad del mandante, en el sentido de que los actos celebrados por el mandatario le perjudican a pesar de la revocación indebida.

Sin pactar la irrevocabilidad propiamente dicha del mandato, las partes pueden prever la compensación por retractación del mandante en caso de revocación. Desde luego, esa compensación deja de ser procedente cuando la revocación esté justificada por la culpa del mandatario.

Si hay varios mandantes, la facultad que teóricamente corresponde a cada uno de ellos, de revocar el mandato en lo que le afecta, queda generalmente paralizada por la indivisibilidad de hecho, ya que el mandato colectivo generalmente se confiere por cada uno, no sólo en interés propio, sino también en interés de los demás. (Planiol y Ripert, ob. cit., t. XI, Los Contratos Civiles, págs. 845 a 847).

El Código vigente admite expresamente la validez de la cláusula que hace irrevocable al mandato, pero la limita a dos casos: a) cuando se hubiere otorgado como una condición de un contrato bilateral y b) cuando se dio el poder como un medio para cumplir una obligación previamente contraída entre el mandante y el mandatario. Nada dice el Código respecto a la posibilidad de estipular lisa y llanamente la irrevocabilidad del mandato, sin hacerla depender de alguna de las dos situaciones que menciona el artículo 2596. Sin embargo, aun cuando es discutible la validez de dicha cláusula de tal suerte que la irrevocabilidad del mandato derive exclusivamente de la voluntad de las partes, en nuestro concepto sí es válida, en la inteligencia de que no sólo es el mandatario el que generalmente tiene interés en pactar ese carácter irrevocable, sino que también puede ser el mandante el que quiera darle esa naturaleza.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 372.

17.—*Renuncia del mandatario.*—Otra forma de terminación del mandato comprende la renuncia que haga el mandatario. En el mandato irrevocable no procede la renuncia, y si el mandatario abandona sus obligaciones, será responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante. En el revocable, procede la renuncia, pero ello no quiere decir que el mandatario abandone inmediatamente los negocios, debe esperar

a que el mandante provea a la procuración si de lo contrario se le sigue algún perjuicio. Artículo 2603: "El mandatario que renuncie tiene obligación de seguir el negocio mientras el mandante no provee a la procuración, si de lo contrario se sigue algún perjuicio". El mandatario no está obligado a esperar el nombramiento de un nuevo apoderado, porque esto sería tanto como dejar al arbitrio del mandante el momento en que el mandato terminara y, para este contrato, se admite que por voluntad de una de las partes, si no se trata de mandato irrevocable, cualesquiera de ellas pueden dar por terminado el contrato. El mandatario sólo debe continuar en la administración hasta avisar al mandante, y esperar el tiempo razonable para que éste se haga cargo de sus asuntos.

En el mandato judicial es de especial interés hacer esta distinción, porque ocurre frecuentemente que un mandatario en juicio cree que con renunciar el poder ya no está obligado a intentar recursos, presentar pruebas, asistir a las diligencias, etc. Esta renuncia, tratándose de un mandato judicial puede ser de mala fe o inoportuna, justamente en los momentos en que se deba intentar algún recurso, contestar demandas, rendir pruebas, etc.; tal proceder originará la obligación de indemnizar al mandante de los daños y perjuicios causados por haber renunciado. Por consiguiente el mandatario debe esperar que quede notificado el mandante, para que se apersone en juicio. Por esta razón el artículo 2591 ya antes transcrito llega al extremo de prohibir el abandono del cargo, aun en el caso de que el mandatario tuviere justo impedimento para desempeñarlo, requiriendo que el mandatario nombre un sustituto, si tiene facultades para ello, o que avise al mandante para que proceda a nombrar a otra persona que se haga cargo del juicio.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 372 y 373.

18.—*Muerte del mandante o del mandatario.*—Otra forma de terminación se refiere a la muerte del mandante o del mandatario. El mandato es un contrato que origina derechos intrasferibles por la muerte. Ni el mandante está obligado a respetarlo en favor de los herederos del mandatario, ni éste puede exigir la continuación del mandato, cuando muera el mandante. Esto no quiere decir que las relaciones jurídicas anteriores ya realizadas que originaron prestaciones en favor de una o de otra parte, no se trasmitan por herencia. Los herederos del mandatario tienen derecho de exigir los honorarios adeudados, los desembolsos hechos por él, sus intereses y el monto de los daños y perjuicios que hubiere causado el mandato al mandatario; pero por lo que toca a la función específica del mandato, para poder continuar ejecutando actos jurídicos

por cuenta o en nombre del mandante, los herederos no pueden tener esa facultad. Sin embargo, la ley les impone el deber de atender a los negocios entre tanto dan aviso al mandante, practicando, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar algún perjuicio. "Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras éste resuelva, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio". (Art. 2602).

En el caso de muerte del mandante ocurre el mismo fenómeno. El mandatario no puede exigir que sus herederos respeten el mandato que se le había otorgado. Tampoco puede el mandatario por ese solo hecho abandonar los negocios, sino que debe esperar a que se designe albacea, o que los herederos puedan atenderlos. Artículo 2600: "Aunque el mandato termine por la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio". "En el caso del artículo anterior, tiene derecho el mandatario para pedir al juez que señale un término corto a los herederos a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios". (Art. 2601).

19.—*Expiración del plazo para el cual se confirió el mandato.*— Otra forma de conclusión del mandato ocurre por expiración del plazo para el cual se concedió. Se presentan problemas semejantes al de la revocación, cuando el mandatario continúa ejerciendo el poder una vez vencido el plazo. Por analogía, pueden aplicarse los artículos 2597 y 2598 para que el mandante notifique la expiración del plazo a las terceras personas respecto de las cuales se confirió el mandato. De otro modo éstas podrían desconocer el término del mismo y exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario después de vencido el plazo, motivando un conflicto entre un tercero de buena fe y mandante, cuya solución está prevista en el artículo 2604 en los siguientes términos: "Lo que el mandatario, sabiendo que ha cesado el mandato, hiciere con un tercero que ignora el término de la procuración, no obliga al mandante, fuera del caso previsto en el artículo 2597". En consecuencia sólo se protege al tercero cuando el mandato se otorgó expresamente para tratar con determinada persona, como dice el artículo 2597; pero si no fuere así, el mandante no quedará obligado con el tercero, sino que éste sólo tendrá una acción de daños y perjuicios en contra del mandatario, que después de concluido el término del poder, continuó haciendo uso de él.

20.—*Conclusión del negocio para el cual fue otorgado el mandato.*—También el mandato concluye en los casos en que termine el negocio para el cual fue conferido, es decir, en los mandatos especiales para determinado negocio, supongamos para un juicio, el mandato concluye al terminar ese negocio, lo mismo que si se diera para llevar a cabo una compraventa o un arrendamiento. Es evidente que al terminar el negocio para el cual se confirió el mandato deba quedar éste sin vigencia.

21.—*Interdicción del mandante o mandatario.*—Requiriendo el mandato que ambas partes tengan la capacidad general para contratar y que además el mandante tenga la capacidad especial para celebrar los actos jurídicos que encomiende al mandatario, es lógico que al cesar la capacidad de uno u otro, porque se declare su estado de interdicción, tendrá que concluir el mandato. Tratándose del mandante, su declaración de interdicto hará que se le nombre un tutor, quien será en lo sucesivo su legítimo representante. En cuanto al mandatario, es evidente que no sólo habrá un obstáculo jurídico por su incapacidad para que pueda desempeñar el mandato, sino que también por su estado de enajenación mental o su falta de inteligencia sobrevenida por una causa posterior, le impedirá cumplir con su cometido. En el mandato no representativo se mantienen las mismas conclusiones, pues aun cuando el mandante no contrae directamente las obligaciones ni adquiere los derechos, siendo el mandatario quien entra directamente en relaciones jurídicas con los terceros, sin embargo, para la existencia del contrato de mandato no representativo que celebran ambas partes, es necesaria la capacidad general en el mandante, así como para que pueda exigir después al mandatario que cumpla trasmitiéndole los derechos y obligaciones que hubiere adquirido en su propio nombre.

22.—*Ausencia del mandante.*—El artículo 2595 fracción VI dispone: "El mandato termina: VI—En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672". Conforme al artículo 648: "El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance el poder". "En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas". (Art. 670) "Lo dispuesto en el artículo anterior se observará aun

cuando el poder se haya conferido por más de tres años". (Art. 671) "Pasados dos años, que se contarán del modo establecido en el artículo 670, el Ministerio Público y las personas que designa el artículo siguiente pueden pedir que el apoderado garantice en los mismos términos en que debe hacerlo el representante. Si no lo hiciere, se nombrará representante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 657, 658 y 659". (Art. 672).

JURISPRUDENCIA DEFENDIDA HASTA LA FECHA

23.—*Mandato, requisitos del.*—"Cuando el interés del negocio sea mayor de doscientos pesos y no llegue a cinco mil, bastará una carta poder, o sea un escrito privado, firmado ante dos testigos, sin que sea necesario para su validez, ni la previa ni la posterior ratificación de las firmas, y si el valor del negocio no llega a doscientos pesos, basta que el poder se otorgue verbalmente en autos, sin necesidad de testigos ni ratificación de ninguna clase". (Ultima compilación editada en 1965, Cuarta parte, vol. II, tesis 220, pág. 696).

24.—*Prestación de servicios profesionales y mandato.*—"Las razones que tuvo el legislador para hacer supletorias del contrato de prestación de servicios profesionales, las disposiciones relativas al mandato, fueron que tanto en uno como en otro, hay prestaciones de servicios, y en ambos se tienen muy en cuenta las cualidades morales y la aptitud del mandatario; pero entre ambos contratos también existen diferencias radicales: en uno y otro hay prestación de servicios, pero en el mandato, el mandatario obra a nombre de otro y no se obliga personalmente, sino que obliga al mandante; en la prestación de servicios, el que los presta se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona en favor de la cual ejecuta algo. Esas diferencias aconsejan que interpretando rectamente la ley, se apliquen al contrato de prestación de servicios, sólo las disposiciones del mandato que tengan fundamento en las semejanzas que entre ambos existen; así, las disposiciones relativas a la forma y aplicables al mandato, no lo son al contrato de prestación de servicios, pues, esas disposiciones se refieren única y exclusivamente a la representación, que no existe tratándose de la prestación de servicios". (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. II, tesis 265, pág. 794).

25.—*Mandato, subsistencia del, después de la muerte del mandante.*—"El mandatario judicial debe continuar en el ejercicio del mandato, después del fallecimiento del mandante, en todos aquellos negocios en que haya asumido la representación de éste entretanto los herederos no provean por sí mismos esos negocios, siempre que de lo contrario pudiera resultarles algún perjuicio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2600 del Código Civil del Distrito Federal". (Compilación citada, Cuarta parte, Vol. II, tesis 221, pág. 699).

26.—*Mandato. Casos en que es irrevocable. Código Civil del Distrito Federal.*—Las dos restricciones que señala el artículo 2596; y que impiden que el mandato se puede revocar por el mandante cuando le plazca, son: a).—Cuando el otorgamiento del mandato se estipula como una condición en un contrato bilateral y b).—Cuando su otorgamiento se hubiese estipulado como un medio para cumplir una obligación contraída. Es decir, y esto debe destacarse, en la primera restricción se habla de un mandato estipulado como una condición en un diverso contrato y no como lo entiende el quejoso (mandato estipulado con la condición de que rigiera por diez años). Distinguiéndose que en el primer caso se está hablando de dos contratos que suponen la preexistencia de un pacto principal (coaligados) en el que la voluntad de las partes es celebrar uno en el que se estipule el otorgamiento de un mandato a determinada persona, es decir, la condición es que se otorgue un mandato, dentro del diverso contrato celebrado. El mandato otorgado en estos términos resulta, explicablemente, irrevocable por la sola voluntad del mandante. Cosa distinta ocurre en el contrato de comisión, que si bien es un mandato aplicado a actos de comercio, en él se estipuló que durara diez años, lo cual obviamente, significa que se señaló un término y no una condición como lo pretende el quejoso. Se trata pues, de un contrato sujeto a término y no de un mandato otorgado como condición de otro contrato, que es el primer caso de excepción que señala el numeral invocado. En la segunda excepción que impone el artículo 2596 comentado, se habla de un mandato estipulado como un medio para cumplir una obligación. Aquí se trata del mandato que el mandante otorga para que el mandatario cumpla una obligación o contrato. Debe entenderse pues, que la obligación de que se habla es anterior al mandato, supuesto que éste es otorgado para que se cumpla aquélla', de aquí se desprende que el quejoso confundió la obligación preexistente (anterior al mandato) con las obligaciones que se derivan del mandato mismo pues, en la especie se otorgó una comisión y las únicas obligaciones existentes son las derivadas de ese mismo contrato ya que la comisión no se otorgó para que el comisionista cumpliera con una obligación que ya desde antes tuviera el comitente con alguna otra persona. (Las dos modalidades son de contratos coaligados en el caso el mandato es contrato único).

Amparo directo 4724/76.—Casa Neira, S. A.—5 de noviembre de 1979. Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.—Secretario: Pablo Ibarra Fernández.

Informe 1979. Tercera Sala. Núm. 49. Pág. 40.

27.—*Mandatario. Facultad potestativa de solicitar al juez que señale un término a los herederos para que se encarguen de sus negocios.*— El derecho consagrado en el artículo 2601 del Código sustantivo no implica, de ninguna manera, una obligación para el mandatario de pedir al juez que señale un término corto a los herederos, a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios, sino una facultad o atribución de hacer o no hacer, porque tal solicitud hecha al juez de los autos es con el fin de que el mandatario se vea liberado de actuar en nombre del mandante ya fallecido: por lo que resulta intrascendente, en la especie, que el mandatario no haya ejercitado ese derecho, además de que, con su actuación, no lesionó de manera alguna los intereses de la sucesión, sino que, al contrario, los favoreció.

Amparo en revisión 177/78.—Eliseo Larios Esparza, su sucesión.—23 de marzo de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Genaro David Góngora Pimentel.—Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 15. Pág. 195.

28.—*Mandato. El mandante puede limitarlo cuándo y ómo le parezca.*—De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2476 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas "El mandante puede revocar "el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que "su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un con-"trato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída", es decir, cuando existan contratos coaligados en las condiciones apuntadas, casos en los cuales tampoco el mandatario puede renunciar al poder, lo que encuentra su explicación en la naturaleza jurídica misma de este contrato, que se otorga con base en la confianza que el mandatario inspira al otorgante de que ejecutará correcta y fielmente los actos jurídicos que se le encomiendan, de tal modo que si desaparece esa cosfianza en el ánimo del mandante, resulta imposible la subsistencia del contrato. Y si se puede revocar el mandato en estas condiciones, es lógico concluir por mayoría de razón que también puede restringirlo cuando y como le plazca.

Amparo directo 6500/78.—María Estéfana Jiménez García.—23 de julio de 1980.—5 votos.—Ponente: Glario León Orantes.—Secretario: Leonel Castillo González.

Precedente:

Amparo directo 4724/76.—Casa Neyra, S. A.—5 de noviembre de 1979.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.—Secretario: Pablo Ibarra.

Informe 1980. Tercera Sala. Núm. 49. Pág. 52.

TITULO VII

ASOCIACION Y SOCIEDAD

CAPITULO I

Asociaciones y Sociedades

1.—*Nociones generales.*—Trataremos de los contratos de asociación y sociedad, iniciando el estudio con la comparación de ambos, para fijar las características de uno y de otro. La asociación puede definirse como la reunión más o menos permanente (es decir, no transitoria) de dos o más individuos, con un fin lícito, que no sea preponderantemente económico. La asociación constituye una persona jurídica y, en tal virtud, para comprender este carácter en la definición, podemos indicar que es una persona moral que nace de un contrato, merced a la reunión de dos o más individuos, que en forma permanente (no transitoria) se agrupan para realizar un fin que no sea preponderantemente económico y que esté permitido por la ley. De este concepto podemos precisar los siguientes atributos de toda asociación de acuerdo con nuestra legislación vigente: 1.—Es una persona jurídica; 2.—Nace de contrato; 3.—Constituye una reunión que no sea enteramente transitoria de dos o más individuos; 4.—Realiza un fin común que no sea preponderantemente económico y que esté permitido por la ley, es decir, un fin lícito. Dice así el artículo 2670 del Código Civil vigente: "Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación". Además en el artículo 25 fracción VI se dispone: "Son personas morales: VI.—Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley".

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 377.

En nuestros Códigos anteriores no teníamos una definición de la asociación y, por consiguiente, era necesario fijarla por exclusión del concepto de sociedad. En la definición legal no se menciona una característica importante, como es la de precisar qué es persona jurídica, la cual es de gran relevancia, supuesto que la ley limita las personas jurídicas colectivas y habiendo concedido a las asociaciones en el art. 25 del Código Civil, el carácter de tales, debe incluirse éste en la definición.

En el artículo 2670 encontramos los demás elementos de la asociación, al precisar que existe cuando varios individuos convienen en reunirse de manera permanente, porque la reunión transitoria o accidental no puede constituir una asociación.

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 250 a 252.

La sociedad, lo mismo que la asociación, constituye una personalidad jurídica nacida de contrato, con un patrimonio autónomo, merced a la reunión de dos o más personas, la cual debe ser también de carácter permanente; distinguiéndose la sociedad de la asociación, en que dicha reunión debe realizarse para fines preponderantemente económicos que no constituyan una actividad mercantil. En el artículo 2688 se define el contrato de sociedad diciendo que por virtud del mismo, "los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial". Lo mismo que en la asociación, la primera nota fundamental consiste en que la sociedad es una persona jurídica colectiva; característica que también está determinada por la ley, al enumerar las personas morales en el artículo 25 del Código Civil. Dice dicho precepto en su fracción III: "Son personas morales: III.—Las sociedades civiles o mercantiles".

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 379.

El segundo atributo de la sociedad es constituir una persona jurídica nacida de contrato con un patrimonio autónomo; en el artículo 2668, se indica con otras palabras este elemento al decir que por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos, por lo que esta combinación viene a constituir un patrimonio, y como una consecuencia de la personalidad, es independiente de los patrimonios de los socios, toda vez que la sociedad constituye una persona moral distinta de los socios que la integran.

Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 515.

Hasta aquí coinciden en la existencia de la personalidad jurídica y de un patrimonio, en la necesidad de una reunión permanente de dos o más individuos con fines comunes lícitos; pero en lo que se distingue la asociación de la sociedad, es esencialmente, en la naturaleza preponderantemente económica de este fin en la sociedad.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, págs. 427 y 428.

La forma anterior de distinción entre asociación y sociedad que es peculiar en nuestro derecho, no podemos considerarla como una distinción de la doctrina jurídica, pues la misma reviste características propias en cada derecho positivo. Tal cosa ocurre por ejemplo en Alemania o en Francia, a cuyo efecto transcribimos las diferencias importantes en cada uno de esos derechos.

Enneccerus, ob. cit., t. II, v. II, pág. 378.

En el Código francés, la sociedad se caracterizó como la reunión de dos o más personas mediante la aportación de bienes, para repartirse los beneficios o utilidades.

Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, traduc. de Jesús M. Cajiga, Puebla, Pue., t. II, págs. 514 y 515.

De tal suerte que quedaban fuera del concepto de sociedad, todas aquellas reuniones con fines económicos que no tuvieran por objeto la repartición de utilidades o de bienes, por la constitución de un patrimonio común. En el Código de 1884 se decía en el artículo 2219: "Se llama sociedad el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industria, ponen en común con otra u otras personas esos bienes o industria o los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas".

Esta definición de la sociedad fue correcta en los Códigos europeos que no admitían que la sociedad constituía una personalidad jurídica. El Código Civil italiano consideró que la sociedad civil no tiene personalidad jurídica, en cambio, la sociedad mercantil sí la tiene y en ello estriba la distinción fundamental entre ambas sociedades. En el Código Civil francés no se declara que la sociedad constituya una personalidad jurídica; en un principio, la doctrina y la jurisprudencia no lo admiten; posteriormente, se llegó a identificar la sociedad civil con la mercantil desde este punto de vista y se sostuvo por la doctrina y la jurisprudencia francesa, que sí debe concedérseles personalidad jurídica a las socieda-

des. En cambio, en el Código Civil español sí se declara que la sociedad constituye una personalidad jurídica. En nuestro Código de 1870 (cuyo artículo 2351 que definió la sociedad, se reprodujo literalmente en el 2219 del Código anterior) se tomó el concepto de sociedad del francés que no fue inspirado dentro del criterio de la personalidad, no obstante lo cual su artículo 2326 consagró el principio que después repitió textualmente el Código de 1884 al decir que la sociedad constituye una personalidad jurídica distinta de las personas de los socios, lo cual originó una contradicción con la definición que hemos comentado. Dice el artículo 2230 de este último ordenamiento: "La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados" y como consecuencia se dice en el artículo 2231: "La sociedad puede ser deudora o acreedora de los socios, los derechos y obligaciones de éstos son independientes de los de aquélla y no se identifican, sino en los casos expresamente prevenidos por la ley". En tanto que en este precepto se declara que como consecuencia de la personalidad, la sociedad constituye un patrimonio autónomo, que no existe copropiedad, que la persona moral ejerce un derecho de propiedad independiente de la de los socios, en la definición, en cambio, se habla de una comunidad de bienes, y se fija como fin la división de los mismos. Estos conceptos fueron modificados por el Código Civil vigente que admite, desde luego, el de la personalidad con todas sus consecuencias; que requiere un patrimonio autónomo; que no identifica el patrimonio de los socios con el social, ni los derechos de los acreedores de los socios con los de la sociedad; también se modifica el criterio restringido de sociedad que tomamos de las legislaciones europeas, en las cuales el fin de la sociedad siempre era la repartición de ganancias y se dispone que el fin de toda sociedad será preponderantemente económico, sin limitarlo a las circunstancias especiales de que haya reparto de utilidades o de pérdida; se toma simplemente como criterio la naturaleza económica del fin y, por tanto, se amplía el campo de acción de las sociedades.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 522.

2.—*Consecuencias jurídicas de la personalidad moral.*—Aun cuando existen diferencias de criterio para explicar cómo el derecho crea la persona jurídica, no obstante, hay uniformidad en los autores respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de dicha creación jurídica.

Desde un punto de vista positivo, este tema adquiere mayor importancia, supuesto que encontramos en la doctrina y en la legislación, uniformidad de criterio para derivar las consecuencias que en el derecho posi-

tivo se deducen del concepto de persona y, sobre todo, de la personalidad jurídica colectiva. Estas consecuencias son las siguientes:

I.—Por virtud de la persona jurídica colectiva se crea un patrimonio autónomo, es decir, completamente distinto e independiente del conjunto de los patrimonios individuales de los socios o integrantes de la persona colectiva.

II.—La persona jurídica colectiva, y en nuestro caso, la sociedad, puede ser acreedora y deudora de sus miembros, y a su vez, éstos, pueden ser acreedores y deudores de la sociedad. Por consiguiente, las relaciones jurídicas de la persona colectiva son totalmente independientes de las de sus miembros.

III.—El patrimonio autónomo que corresponde a la persona jurídica colectiva y, en nuestro caso, a la sociedad no constituye una copropiedad; es decir, no existen derechos de propiedad sobre partes alícuotas del conjunto de miembros o integrantes de la persona, con relación a los bienes que constituyan el patrimonio social, sino un derecho único, de la persona con respecto al patrimonio de la misma. Los socios o integrantes de la persona colectiva sólo tienen una participación en forma de derecho de crédito, y no de propiedad, sobre partes alícuotas.

IV.—El patrimonio de la persona jurídica colectiva o de la sociedad, sirve de prenda preferentemente a los acreedores de la misma, independientemente de los acreedores individuales de los socios, o miembros de la persona jurídica de que se trate.

V.—No existe compensación cuando un tercero es acreedor o deudor de la persona colectiva o de la sociedad, y acreedor o deudor de uno de los socios o miembros del grupo; como consecuencia de que, para que exista compensación se necesita que dos personas sean a la vez, recíprocamente, acreedoras y deudoras, por su propio derecho y, en el caso, el tercero es acreedor y deudor de personas completamente distintas.

VI.—Finalmente, se considera que, aun cuando el patrimonio social está constituido exclusivamente por bienes inmuebles, los derechos de cada uno de los socios se reputan muebles, como consecuencia de que no tienen propiedad sobre partes alícuotas, caso en el cual sí deberían ser inmuebles, tal como acontece en la copropiedad. En cambio, el socio tiene simplemente un derecho de crédito con relación a aquel patrimonio y como tal, se considera mueble. Expresamente, en la clasificación de los bienes, el Código Civil asigna este carácter al derecho de los socios. Artículo 755: "Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, págs. 253 y 254.

CAPITULO II

La Asociación

1.—*Definición.*—Hemos definido la asociación como una corporación de derecho privado dotada de personalidad jurídica, que se constituye mediante contrato, por la reunión permanente de dos o más personas para realizar un fin común, lícito, posible y de naturaleza no económica, pudiendo ser, por consiguiente, político, científico, artístico o de recreo. De este concepto, ya analizamos el elemento principal, es decir, la asociación es una corporación privada, dotada de personalidad jurídica. Esta corporación se constituye por un contrato llamado intuitu personae, es decir, por consideración a las personas, en atención a la confianza recíproca que se tiene en las mismas, en sus capacidades o conocimientos, y una vez constituida no puede ser aumentado el número de los asociados, sin el consentimiento de los mismos. Además, la calidad de asociado es intransferible.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, págs. 426 y 427, traduc. de José M. Cajica, Jr.

También, como característica importante de este contrato, existe la posibilidad de exclusión que tiene la asociación respecto de sus miembros que considere indeseable. El artículo 2684 dispone que la calidad de socio es intransferible, y el 2681, nos dice: "Los asociados sólo podrán ser excluidos de la sociedad por las causas que señalen los estatutos".

Es esencial de estas corporaciones de derecho privado, la realización de un fin común y en esto hallamos la diferencia radical con los demás contratos en los que, si se trata de bilaterales o de onerosos, los fines que persiguen las partes son diferentes. Es decir, en la asociación y en la sociedad, se estipulan presentaciones que Kelsen llama paralelas, por cuanto que tienen el mismo contenido a diferencia de las prestaciones cruzadas o de contenido diferente que se pactan en los contratos bilaterales. Cada parte busca la realización de una prestación, de tal manera que, el fin del vendedor es diverso del comprador, el del arrendatario del arrendador, etc.

Planiol, ob. cit., Teoría General de los Contratos, pág. 436.

2.—*Elementos esenciales.—Consentimiento y objeto.*—Respecto al primero, en la asociación el acuerdo de voluntades reviste como caracte-

rística esencial la consecución del fin común, lícito, posible y determinado, es decir, la voluntad de las partes debe estar orientada a su realización. En lo que toca al objeto, la ley limita el de las asociaciones en forma positiva y negativa.

En el artículo 25, fracción VI, se señala positivamente la finalidad de las asociaciones diciendo que éstas pueden tener un fin político, científico, artístico o de recreo y en el artículo 2670 que las define, se previene que realizarán "un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico".

3.—*La capacidad.*—En cuanto a este elemento de validez, en la asociación se requiere capacidad general para contratar; excepto cuando el asociante deba aportar bienes, en virtud de que deberá entonces tener capacidad especial para enajenar. Es decir, los menores emancipados que tienen capacidad general para contratar, no podrán obligarse en un contrato de asociación a aportar bienes inmuebles. Supongamos una asociación de recreo en que un menor emancipado se obliga a aportar la finca que servirá de asiento a la corporación; el menor emancipado está facultado para enajenar bienes muebles y constituir derechos reales sobre ellos, pero no para practicar actos de dominio sobre inmuebles o constituir derechos reales sobre los mismos.

También se necesita tener capacidad para enajenar el bien, en los casos de representación. Los que ejercen la patria potestad o la tutela, los mandatarios, no podrán hacer la aportación sino en los casos y con las condiciones previstas por la ley, la cual determina cuando esas personas podrán ejecutar actos de dominio.

Conforme a las fracciones II, III y VI del artículo 27 de la Constitución General de la República:

Las fracciones II y III fueron reformadas por el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992, para quedar como sigue:

II.—Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir y poseer o administrar, exclusivamente, los bienes que sean indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria;

III.—Las instituciones de beneficiencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria;

La fracción VI fue reformada por el Artículo Unico del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1992, para quedar como sigue:

VI.—Los Estados y el Distrito Federal, lo mismo que los municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Las leyes de la Federación y de los Estados en sus respectivas jurisdicciones, determinarán los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con dichas leyes la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. El precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base. El exceso de valor o el demérito que haya tenido la propiedad particular por las mejoras o deterioros ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial y a resolución judicial. Esto mismo se observará cuando se trate de objetos cuyo valor no esté fijado en las oficinas rentísticas.

El ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación, por virtud de las diposiciones del presente artículo, se hará efectivo por el procedimiento judicial; pero dentro de este procedimiento y por orden de los tribunales correspondientes, que se dictará en el plazo máximo de un mes, las autoridades administrativas procederán desde luego a la ocupación, administración, remate o venta de las tierras o aguas de que se trate y todas sus accesiones, sin que en ningún caso pueda revocarse lo hecho por las mismas autoridades antes que se dicte sentencia ejecutoriada;

Planiol, ob. cit., págs. 435 y 436.

4.—*La forma.*—En cuanto a este otro elemento se prescribe, para la validez de la asociación, que conste por escrito. El artículo 2671 estatuye: "El contrato por el que se constituya una asociación, debe constar por escrito". Además en el artículo 2673 se prescribe: "Las asociaciones se regirán por sus estatutos, los que deberán ser inscritos en el Registro Público para que produzcan efectos contra tercero"". En el artículo 3071, fracción I, se dice que: "En los folios de las personas morales se inscribirán los instrumentos por los que se constituyan, reformen o disuelvan las sociedades y asociaciones civiles y sus estatutos".

Cuando en la asociación, lo mismo que en la sociedad, se aporten bienes raíces cuyo valor exceda de quinientos pesos se exigirá la escritura pública para la validez de la aportación misma, no de la asociación o sociedad. A mayoría de razón, si las sociedades pueden constituirse

válidamente sin escritura pública cuando no se aporten bienes raíces, la asociación, también puede constituirse válidamente en esas circunstancias. En el derecho francés se exige como formalidad para la constitución de las asociaciones, que sus fundadores comuniquen su existencia a la prefectura de la jurisdicción en que tengan su domicilio.

Se presenta el problema de la nulidad a propósito de la inobservancia de la forma. Existen en el Código dos sistemas: el de la nulidad relativa para los actos o contratos cuando no se observa la forma, y el de la liquidación para las sociedades, cuando no se observa la forma prescrita por la ley. En caso de que la sociedad no se otorgue en documento privado o público, el efecto será pedir la liquidación de la sociedad. No hay nulidad con alcance retroactivo integral, sino que las operaciones practicadas se consideran válidas y, simplemente, se liquida la sociedad. Dice el artículo 2691: "La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio conforme al Capítulo V de esta sección; pero mientras que esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma".

El sistema adoptado por el Código es consecuente con el problema general que se provoca en toda nulidad cuando entran en conflicto los intereses de las partes con intereses de tercero. Japiot, considera que es un principio básico para fijar los grados de ineficacia, tomar en cuenta los intereses en presencia y resolver ese conflicto protegiendo los intereses de tercero de buena fe.

René Demongue, también dice que en esos casos debe prevalecer la seguridad dinámica que garantiza los derechos de tercero de buena fe, sobre la seguridad estática referente a los intereses concretos de las partes. Como la sociedad implica la realización de operaciones con terceros, el efecto de la ineficacia no debe ser el de destruir retroactivamente, como en los contratos instantáneos, las prestaciones, para volver las cosas a su estado primitivo, sino que debe ser el de conservar, en lugar de destruir, las operaciones ya efectuadas; protegerlas de tal manera que, el principio del respecto a las situaciones adquiridas, el de la no retroactividad, así como el de la garantía de los intereses de terceros en conflicto, priven sobre las consecuencias clásicas, consistentes en la destrucción de efectos, en la restitución con alcance retroactivo y en la garantía exclusiva de los derechos de las partes. En la asociación, podemos aplicar por analogía el artículo 2691, dado que existen las mismas razones que en el caso de la sociedad.

5.—*Organización.*—En este contrato de asociación, una vez determinados los elementos esenciales y de validez sólo tiene especial interés estudiar la forma como está organizada. La asociación y la sociedad constituyen corporaciones de derecho privado que tienen una organización semejante por lo que toca a su funcionamiento y administración. Pertenecen estas corporaciones al género comunidad, pero tienen caracteres específicos que las diferencian de ella. Podemos decir que el género comunidad se presenta en la copropiedad, en la asociación y en la sociedad. Existen como características genéricas la reunión de bienes, la liga más o menos indisoluble entre los intereses mancomunados, el derecho del tanto que se reconoce en toda comunidad, copropiedad, asociación o sociedad, y la administración colectiva del patrimonio común, sólo que, en la copropiedad, esa administración colectiva se lleva a cabo, generalmente, por actos que implican la unanimidad de votos y, en cambio, en la asociación y sociedad, por actos que implican sólo mayoría.

Como características específicas que distinguen la comunidad de la asociación, podemos señalar:

I.—La creación de la personalidad jurídica que no existe en toda comunidad. La copropiedad es una comunidad en sentido lato o genérico y no está dotada de personalidad jurídica. Las asociaciones y sociedades, son comunidades dotadas de ella.

II.—La constitución de un patrimonio autónomo diferente de los patrimonios individuales de los asociados o socios, en tanto que, en la copropiedad, no existe un patrimonio autónomo diverso de los patrimonios de los copropietarios, sino simplemente hay partes alícuotas que forman parte del activo de cada uno de ellos.

III.—Respecto a los actos de dominio, en la copropiedad, deben ejecutarse por unanimidad de votos, ya que no hay un patrimonio autónomo del cual pudiera disponer un ente diferente de los copropietarios, y es evidente que, para enajenar las cosas objeto de la copropiedad, deben concurrir todos los condueños, de lo contrario se enajenaría un bien ajeno. En los actos de administración en la copropiedad, se necesita la mayoría de personas y de intereses; en cambio en la asociación o sociedad, por regla general, las actos de administración y dominio son ejecutados por mayoría de votos, excepto cuando la ley requiere una mayoría calificada.

6.—*Organos de la asociación.*—El órgano supremo de la asociación es la asamblea general de asociados. Además existe el director o directores cuyas facultades se determinan en los estatutos o en lo que acuerde la asamblea general. Prescribe al efecto el artículo 2674: "El poder su-

premo de las asociaciones reside en la asamblea general. El director o directores de ellas tendrán las facultades que les conceden los estatutos y la asamblea general, con sujeción a estos documentos". En relación con los órganos de las personas morales, los artículos 27 y 28 del Código Civil vigente, disponen: "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos". "Las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos". El funcionamiento, facultades y forma de actuar de la asamblea general, se regula por los artículos 2675, 2676 y 2677, en los siguientes términos: "La asamblea general se reunirá en la época fijada en los estatutos o cuando sea convocada por la dirección. Esta deberá citar a asamblea cuando para ello fuere requerida por lo menos por el cinco por ciento de los asociados, o si no lo hiciere, en su lugar lo hará el juez de lo civil a petición de dichos asociados". "La asamblea general resolverá: I.—Sobre la admisión y exclusión de los asociados; II.—Sobre la disolución anticipada de la asociación o sobre su prórroga por más tiempo del fijado en los estatutos; III.—Sobre el nombramiento de director o directores cuando no hayan sido nombrados en la escritura constitutiva; IV.—Sobre la revocación de los nombramientos hechos; V.—Sobre los demás asuntos que le encomienden los estatutos". "Las asambleas generales sólo se ocuparán de los asuntos contenidos en la respectiva orden del día. Sus decisiones serán tomadas a mayoría de votos de los miembros presentes".

7.—*De la calidad y estatuto del asociado.*—Los artículos 2672, 2678 a 2684, regulan el estatuto jurídico del asociado, determinan sus derechos y su calidad intransferible. Dicen así dichos preceptos: "La asociación puede admitir y excluir asociados". (Art. 2672). "Cada asociado gozará de un voto en las asambleas generales". (Art. 2678). "El asociado no votará las decisiones en que se encuentren directamente interesados él, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado". (Art. 2679). "Los miembros de la asociación tendrán derecho de separarse de ella, previo aviso dado con dos meses de anticipación". (Art. 2680). "Los asociados sólo podrán ser excluidos de la sociedad por las causas que señalen los estatutos". (Art. 2681). "Los asociados que voluntariamente se separen o que fueren excluidos, perderán todo derecho al haber social". (Art. 2682). "Los socios tienen derecho de vigilar que las cuotas se dediquen al fin que se propone la asociación y con ese objeto pueden examinar los libros de

contabilidad y demás papeles de ésta". (Art. 2683). "La calidad de socio es intransferible". (Art. 2684).

Planiol, ob. cit., pág. 433.

8.—*Disolución.*—Las asociaciones se disuelven por la realización de sus fines; porque éstos se vuelven imposibles; por la extinción del plazo, o por el acuerdo unánime de sus miembros.

Dice el artículo 2685: "Las asociaciones, además de las causas previstas en los estatutos, se extinguen: I.—Por consentimiento de la asamblea general. II.—Por haber concluido el término fijado para su duración o por haber conseguido totalmente el objeto de su fundación. III.—Por haberse vuelto incapaces de realizar el fin para que fueron fundadas. IV.—Por resolución dictada por autoridad competente".

Planiol, ob. cit., págs. 437 y 438.

CAPITULO III

SOCIEDAD

1.—*Definición.*—Podemos definir la sociedad civil, como una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito, posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o de ambos, siempre y cuando no lleve a cabo una especulación comercial, ni adopte forma mercantil.

Según este concepto, las sociedades civiles se caracterizan por ser corporaciones de derecho privado que persiguen un fin preponderantemente económico, debido a la aportación de bienes o industria, pero, sin que esa finalidad económica implique una actividad comercial. Veremos, además, que el Código Civil, en relación con el Código de Comercio, al determinar la verdadera diferencia entre sociedades civiles y mercantiles, toma en cuenta la forma y no el fin. Dice al efecto el artículo 2695: "Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio". En el mismo sentido estatuye el artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de esta ley". Es decir,

en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones y cooperativa.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, t. I, págs. 16 y 17.

De la definición que da el Código Civil vigente, se desprende que el criterio que prevalece es el de finalidad económica siempre y cuando no constituya una especulación comercial. Artículo 2688: "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 520.

Planiol propone una definición de la sociedad que sustancialmente es la misma de Aubry y Rau, como él mismo lo reconoce, haciéndolo en los siguientes términos: "La sociedad es un contrato por el cual dos o varias personas convienen en formar un fondo común mediante aportaciones que cada una de ellas debe proporcionar, con el objeto de dividirse los beneficios que de ello puedan resultar". (Tratado Elemental de Derecho Civil, Teoría General de los Contratos, pág. 408 de la traduc. de José M. Cajica Jr.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, se han elaborado diversas teorías que niegan su carácter contractual. Rodríguez y Rodríguez, en su citada obra, menciona dos: a).—La que afirma que la sociedad no es un contrato, sino un acto social constitutivo y, b).—La que sostiene que la sociedad es un acto complejo.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 17 y 18.

La primera tesis, sustentada inicialmente por Gierke, parte de la base de que el contrato es impotente para crear la personalidad jurídica a que da nacimiento la sociedad, explicando al efecto que la persona moral se constituye por un solo acto jurídico unilateral, es decir, las manifestaciones de voluntad de los socios no forman un consentimiento o acuerdo, sino que se expresan en un solo sentido, de ahí que podamos hablar de una manifestación unilateral de las voluntades de los distintos socios, tal como ocurre en los casos en que una oferta está constituida por la expresión de distintas voluntades, por ejemplo, cuando los copropietarios hacen conjuntamente una oferta de venta o arrendamiento.

Además, en los contratos se crean siempre relaciones jurídicas entre las partes, en tanto que en la sociedad se originan fundamentalmente entre los socios y la persona jurídica que nace. Es así como una de las obligaciones de los socios de mayor relevancia: la de hacer y cumplir sus aportaciones, existe frente a la sociedad misma, cuyo representante la exigirá a cada uno de los socios, sin que éstos entre sí pudieran estimarse obligados, ni menos aún exigirse el cumplimiento de sus respectivas aportaciones. La teoría que afirma que la sociedad no es un contrato, sino un acto complejo, también se originó en Alemania, habiendo sido acogida por juristas franceses e italianos. Fue Kuntze el primero en afirmar que las sociedades anónimas se constituyen por la actuación conjunta de los socios que se proponen crear un efecto jurídico frente a los terceros, a diferencia de lo que ocurre en el contrato, en el cual las partes sólo pueden producir efectos entre ellas mismas, sin que trasciendan a los terceros.

Por otra parte, en la sociedad los socios hacen manifestaciones paralelas de voluntad, en tanto que en los contratos son opuestas o por lo menos de distinto contenido. En este último aspecto cabe observar que sí existen contratos en los cuales se formulen manifestaciones paralelas de voluntad, como ocurre cuando dos vecinos convienen en la forma de aprovechar la pared medianera o distintos comerciantes acuerdan sostener el mismo precio para una determinada mercancía.

En Italia se ha estimado que en rigor la sociedad se explica dentro de la técnica del contrato, pero se distinguen dos grandes formas contractuales: la del viejo contrato de cambio y la del contrato de organización. Justamente la sociedad se explica como un contrato de organización.

Ascarelli señala tres características al contrato de organización, al cual denomina también asociativo: a) .—Es un contrato plurilateral en el sentido de que cada socio entra en relaciones jurídicas con todos los demás, considerados en conjunto como entidad y con cada uno de ellos en particular, a diferencia del contrato de cambio que es bilateral, al engendrar exclusivamente relaciones jurídicas entre las dos partes contratantes. b) .—Es un contrato atípico, es decir, las obligaciones que crea no están tipificadas a través de formas previamente determinadas, como ocurre en la mayoría de los contratos de cambio en los que por su simple denominación sabemos de antemano cuál debe ser el contenido y alcance jurídico de cada una de las obligaciones de las partes. En la sociedad, cada socio puede obligarse en forma muy variada y distinta, comprendiendo generalmente prestaciones mixtas: de dar, hacer y no

hacer. c) .—Finalmente, en la sociedad, como contrato de organización, las partes no sólo tienen el deber (como ocurre en los contratos de cambio), sino también el derecho de cumplir sus respectivas prestaciones, ya que únicamente así se podrá cumplir el fin social.

Planiol, ob. cit., págs. 416 a 418.

2.—*Análisis de la definición.*—En primer lugar, la sociedad es una corporación de derecho privado. Ya hemos visto lo que esto significa, comparando la sociedad con la comunidad de bienes como género, y con la asociación como especie de la comunidad. Las sociedades constituyen corporaciones dotadas de personalidad jurídica. En nuestro derecho, desde el Código de 1870, se ha reconocido que constituyen una entidad de naturaleza distinta de la de los socios que las integran, y por consiguiente, se crean relaciones jurídicas entre los socios y la sociedad. Ellos pueden ser acreedores o deudores de la sociedad, ser demandados por ella o demandarla. No existiría personalidad jurídica si no fuese posible constituir estas diversas relaciones entre el socio y la sociedad. Disponía el artículo 2231 del Código de 1884: "La sociedad puede ser deudora o acreedora de los socios: los derechos y las obligaciones de éstos son independientes de los de aquélla, y no se identifican sino en los casos expresamente prevenidos por la ley". Este precepto es una reproducción literal del artículo 2363 del Código Civil de 1870.

Por otra parte, la sociedad tiene capacidad de actuar, comparece en juicio como actora o demandada, puede celebrar actos jurídicos, y tiene todas las características del sujeto de derecho, puede contratar y obligarse.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 134 y 135.

3.—*Aportaciones.*—En el artículo 2688 del Código en vigor, al definir la sociedad, se dice que ésta se constituye por la aportación de bienes o industria. Por consiguiente, los socios tienen como obligación fundamental la de aportar bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, y en esa aportación pueden trasmitir el dominio o simplemente el uso o goce.

La aportación puede consistir en industria o esfuerzos. No dice el Código que sea la realización de un servicio o trabajo, en cuyo caso el socio tendrá con la sociedad las obligaciones que impone el contrato de prestación de servicios. Por lo tanto, el socio industrial asume obligaciones de hacer propias de su actividad especializadas.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 39 a 41.

4.—*Requisitos que debe contener el contrato social.*—En relación con la característica de personalidad jurídica y patrimonio, la sociedad debe tener un nombre o razón social, que debe ir seguido de las palabras "sociedad civil"; el Código no permite al respecto abreviatura alguna. También debe tener la sociedad, nacionalidad y domicilio. Algunos de esos requisitos o características, se desprenden del artículo 2693: "El contrato de sociedad debe contener: I.—Los nombres y apellidos de los otorgantes que son capaces de obligarse; II.—La razón social; III.—El objeto de la sociedad; IV.—El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir. Si falta alguno de estos requisitos se aplicará lo que dispone el artículo 2691".

El artículo 2691 se refiere a la falta de forma y según dicho precepto, en tal caso la sociedad no será nula, pero en cualquier momento uno de los socios puede pedir la liquidación. En relación con el nombre, prescribe el artículo 2699: "Después de la razón social se agregarán estas palabras: 'Sociedad Civil' ".

5.—*Fin social y forma mercantil.*—En cuanto al fin, indicábamos ya que en la definición se caracteriza la sociedad civil por su naturaleza preponderantemente económica, sin que constituya una especulación comercial; sin embargo, dispone el Código, que las sociedades civiles que tengan forma de mercantiles se sujetarán al Código de Comercio. La Ley de Sociedades Mercantiles, dice que estas sociedades pueden ser: en nombre colectivo, en comandita simple, en comandita por acciones, anónima, de responsabilidad limitada y cooperativa; que las sociedades que se constituyan bajo estas formas, se reputarán mercantiles: por consiguiente, relacionando estos artículos con el 2695 del Código Civil, queda caracterizada la sociedad civil, no por su fin, sino exclusivamente por su forma. Si la sociedad civil realiza actos que no son mercantiles, pero adopta forma mercantil, por ese solo hecho, aun cuando practique actos civiles, se caracteriza como mercantil.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, pág. 10.

6.—*El consentimiento.*—En el contrato de sociedad, el consentimiento sólo tiene como nota especial la manifestación de voluntad en relación con el fin que se persigue. Desde los romanos se consideró que el consensus en la sociedad se caracterizaba por la "affectio societatis" o sea, por el deseo de constituir una comunidad. Debe existir, siempre, por consiguiente, el fin de realizar una empresa común. Este fin queda comprobado a través del conjunto de cláusulas que permiten la organi-

zación de la empresa y la realización de un propósito común para todos los socios. Tiene esto interés en aquellos casos en que la ley permite, como lo hacía el Código de 1884, que la sociedad se constituya verbalmente o que el consentimiento se manifieste en forma tácita, o sea, según el artículo 2225 de esa legislación, cuando "el objeto o capital no excediese de 300 pesos". A su vez, prescribía el artículo 2227: "En los casos en que el contrato de sociedad pudiere celebrarse verbalmente, bastará el consentimiento tácito, fundado en hechos que lo hagan presumir de un modo necesario". Este consentimiento tácito estaba caracterizado por la realización del fin común. Como consecuencia de esta finalidad común de la affectio societatis hallamos, como característica también especial, el que los socios no persigan prestaciones diferentes. Las partes, en la sociedad, a pesar de ser un contrato bilateral, persiguen el mismo fin. Además, las obligaciones no se originan entre los otorgantes del contrato, en este caso entre los socios, como ocurre en todo contrato bilateral, sino entre el socio y la sociedad, consecuencia especialísima de la realización del fin común para crear la personalidad jurídica. Por ello decía el artículo 2231 de la legislación anterior: "La sociedad puede ser deudora o acreedora de los socios: los derechos y las obligaciones de éstos son independientes de los de aquélla, y no se identifican sino en los casos expresamente prevenidos por la ley". Y el 2230: "La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 153 y 154.

7.—*El objeto.*—En cuanto a este elemento, la sociedad se caracteriza por la aportación de bienes o industria. El objeto de la sociedad es integrar un patrimonio que quedará formado por capital y trabajo, o por uno u otro respectivamente. En consecuencia, el objeto social quedará constituido por el conjunto de prestaciones que como formas de conducta positiva (dar o hacer) o negativa (no hacer) impone el contrato de sociedad a cada uno de los distintos socios y en favor del ente creado. En relación con el objeto, los socios, por consiguiente, están obligados a la aportación del dominio, uso, goce, trabajo o servicio que estipulen al constituir la sociedad. En los demás contratos, hemos visto que el objeto de la obligación, según la terminología impropia del Código (Art. 1824) es la cosa o el hecho que el obligado deba dar o prestar. En realidad debemos decir que el objeto directo de las obligaciones es la prestación o la abstención es decir, siempre una conducta positiva o negativa y que a su vez el objeto indirecto está constituido por la

cosa en las obligaciones de dar. Por último, el objeto de los contratos consiste en las obligaciones que crean o trasmiten. En la sociedad, el objeto del contrato consiste en el conjunto de obligaciones que impone a los socios, que quedan ligados no entre sí, sino en relación con la persona moral creada. A su vez, las obligaciones de los socios tendrán como objeto directo la serie de prestaciones o abstenciones que se referirán a las cosas o a los hechos positivos o negativos. Las cosas que el socio puede aportar a la sociedad, no están limitadas por el Código Civil que dispone en su artículo 2689: "La aportación de los socios puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes, o en su industria. La aportación de bienes implica la trasmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 154 y 155.
Planiol, ob. cit., págs. 412 y 413.

Así, pues, cuando no se quiera hacer la transferencia del dominio respecto de las cosas que constituyan la obligación de cada socio, deberá especificarse qué es lo que se trasmite, si el uso o el goce a efecto de regular las obligaciones: en la aportación del dominio, las responsabilidades serán las mismas del vendedor, y en la aportación de uso o goce, las del arrendador. Artículos 2702 y 2703: "Cada socio estará obligado al saneamiento para el caso de evicción de las cosas que aporte a la sociedad, como corresponde a todo enajenante, y a indemnizar por los defectos de esas cosas, como lo está el vendedor respecto del comprador; mas si lo que prometió fue el aprovechamiento de bienes determinados responderá por ellos según los principios que rigen las obligaciones entre el arrendador y el arrendatario". "A menos que se haya pactado en el contrato de sociedad, no puede obligarse a los socios, a hacer una nueva aportación para ensanchar los negocios sociales. Cuando el aumento del capital social sea acordado por la mayoría, los socios que no estén conformes pueden separarse de la sociedad".

Conforme al artículo 2692 del Código Civil vigente: "Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación. Después de pagadas las deudas sociales, conforme a la ley, a los socios se les reembolsará lo que hubieren llevado a la sociedad. Las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficiencia pública del lugar del domicilio de la sociedad".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 155 y 156.

8.—*Capacidad de los socios.*—Respecto de la capacidad, ya hemos visto que existe la especial para enajenar y la general para contratar. Dependerá, por consiguiente, de la obligación que reporte el socio para trasmitir el dominio o sólo el uso o goce, o para ejecutar determinado trabajo, si su capacidad deba ser especial o general.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 32 y 33.

9.—*Forma.*—En cuanto a la forma, tiene características especiales en el contrato que analizamos, por cuanto que la inobservancia de la misma no origina la nulidad relativa, como acontece en todos los contratos, excepto en la asociación y sociedad. Sólo produce el efecto de que los socios puedan en cualquier momento pedir la liquidación. Artículo 2691: "La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio conforme al Capítulo V de esta sección; pero mientras que esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma".

El Código vigente prescribe, en cuanto a la forma, que para la validez del contrato de sociedad basta el documento privado, que deberá ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos con relación a terceros; pero, cuando a la sociedad se aporten bienes cuya transferencia deba constar en escritura pública, deberá observarse esta formalidad. El Código de 1884 requería la escritura pública como formalidad necesaria, cuando el patrimonio de la sociedad pasaba de 300 pesos. Artículo 2225 de dicho ordenamiento anterior: "El contrato de sociedad debe hacerse constar en escritura pública siempre que su objeto o capital exceda en valor de 300 pesos".

A su vez, el Código en vigor dispone en su artículo 2690: "El contrato de sociedad debe constar por escrito, pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación debe hacerse en escritura pública".

Son, además, requisitos de forma en el contrato de sociedad, hacer constar los nombres y apellidos de los socios, la razón social, el objeto de la sociedad, su domicilio y el capital social de la misma precisando la aportación de cada socio, según prescribe el artículo 2693. Cuando no se cumplan estos requisitos, la sociedad no será nula, pero, en cualquier momento, pueden pedir los socios su liquidación.

10.—*Sociedades irregulares.*—Conviene estudiar el problema de las sociedades irregulares en el derecho civil y mercantil, haciendo la comparación de ambos casos, tanto por la importancia teórica como práctica que ofrece este problema en nuestra legislación.

En materia civil ya hemos dicho que la inobservancia de la forma origina una sociedad irregular conforme al artículo 2691, toda vez que no produce la nulidad del contrato, sino sólo tiene el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido. Antes de la liquidación, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no podrán oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la excepción de falta de forma.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 167 y 168.

Para las sociedades mercantiles, estatuye el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio. Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica. Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate. Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidiaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados. Los socios no culpables de la irregularidad podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular". Artículo 3º: "Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquier persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. La liquidación se limitará a la realización del activo social para pagar las deudas de la sociedad, y el remanente se aplicará al pago de la responsabilidad civil, y en defecto de ésta, a la Bene-

ficencia Pública de la localidad en que la sociedad haya tenido su domicilio".

Al plantearse el problema de las sociedades irregulares por defecto en la forma, considera Rodríguez y Rodríguez que las mismas existen jurídicamente hablando, y que la propia ley acepta su existencia temporal en el artículo 7º., al reconocer tal efecto aun cuando todavía no hayan sido inscritas en el Registro Público de Comercio (Véase el estudio de dicho autor denominado "Las Sociedades Irregulares en el Derecho Mercantil Mexicano", Editorial Jus, México, 1942).

En cuanto al número o casos de sociedades irregulares en materia mercantil, reconoce dicho autor en el estudio aludido además del caso mencionado, los relativos a las sociedades inscritas, cuando ha concluido el término de su duración, ya que deben disolverse ipso jure, así como el de las sociedades regulares, cuando ocurre una modificación en sus estatutos, que no se registran.

Conforme a estas ideas distingue las sociedades inscritas de las no inscritas.

En las primeras el transcurso del plazo o alteraciones de la escritura, sin registro, les dan el carácter de irregulares.

Para las segundas tal carácter ocurrirá cuando no se observa la forma inscrita, o bien cuando se observa, y la solicitud de registro es denegada, está en curso, o no se llega a formular.

En cuanto a las sociedades civiles, aun cuando el artículo 2690 exige la forma escrita para la validez del contrato (y la escritura pública cuando se aporten a las sociedades bienes cuya enajenación requiere tal forma), y el 2694 estatuye el registro de tales sociedades para que produzcan efectos contra tercero, podemos concluir, fundándonos en todo el sistema observado por el Código vigente en materia de inexistencia y nulidad, que ni la forma, ni su registro constituyen elementos esenciales para la existencia de la sociedad; que simplemente se trata de elementos de validez con relación a las partes (forma), y respecto de terceros (registro); que en tal virtud, la inobservancia de la forma sólo motiva conforme al artículo 2691 la liquidación de la sociedad, a petición de cualquier socio, produciendo todos sus efectos el contrato tanto respecto a las partes como en cuanto a terceros, entre tanto no se lleve a cabo la liquidación.

Respecto a la falta de registro, conforme al artículo 2694, el contrato no producirá efectos contra tercero, pero será existente y válido en cuanto a las partes, siguiendo el sistema también general observado en esa materia y que reconoce el artículo 3007. Conforme a este último

debe entenderse también que los terceros sí podrán aprovecharse de la existencia de la sociedad, y de los términos del pacto social, aun cuando no haya sido registrado.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, pág. 195.

La personalidad jurídica de las sociedades civiles no dependerá, por consiguiente, de su registro, pues tal personalidad no se reconoce en el derecho sólo para los efectos de que el ente creado entre en relaciones jurídicas con terceros, sino también para determinar las que se establezcan entre la sociedad y socios, cuyas consecuencias jurídicas hemos indicado. En esa virtud, es evidente que para todos los efectos inherentes a la personalidad entre sociedad y socios, y entre sociedad y terceros, cuando éstos se beneficien, existirá la entidad jurídica creada.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, pág. 212.

El efecto que se busca en materia mercantil para evitar la nulidad de las sociedades inscritas, exceptuando sólo las ilícitas, no existe, ni puede reconocerse desde el punto de vista civil.

11.—*Nulidad.*—El problema de la nulidad en el contrato de sociedad ha suscitado disidencias entre los autores franceses al interpretar el artículo 1855 del Código Napoleón, para determinar si en los casos en que se viola el citado precepto, el contrato deba ser nulo en su totalidad. El citado artículo corresponde al 2696 de nuestro Código vigente, conforme al cual: "Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros".

El problema consiste en determinar, si a pesar de la nulidad del contrato como sociedad, la cláusula o cláusulas respectivas tienen validez al entrañar en rigor un contrato independiente, como donación, préstamo, arrendamiento, etc., en el cual concurran todos sus elementos esenciales y de validez.

Se han considerado leoninas las sociedades en las cuales se viola el principio fundamental citado, bien sea porque se pacte que un socio reciba todas las utilidades, o que otro sufra todas las pérdidas (Pothier, Société, No. 12). Planiol indica que en el Digesto, Libro XVII, título 2, 29, No. 2, ya existía la sanción de nulidad, para el caso que nos ocupa.

En nuestro derecho tenemos los siguientes casos de ineficacia de la cláusula relativa o de nulidad del contrato de sociedad que directamente se desprenden del texto del Código vigente:

a).—Cuando el contrato de sociedad no se hace observando la formalidad escrita que debe llenar conforme al artículo 2690, o la escritura pública, cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse con tal formalidad. Esta omisión sólo tiene como consecuencias conforme al artículo 2691 que cualquiera de los socios pueda pedir, en todo tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad; pero mientras ésta no se pida, el contrato seguirá produciendo todos sus efectos entre los socios, y éstos no podrán oponer a los terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma.

b).—La ilicitud en el objeto social, que conforme al artículo 2692 motivará la nulidad del contrato a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, para el efecto de que se liquide la sociedad, y después de pagadas las deudas sociales, se reembolse a los socios lo que hubiesen aportado, destinándose las utilidades a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad.

Este caso de ilicitud en el objeto tiene una sanción mayor para las sociedades mercantiles, en virtud de que los socios pierden sus aportaciones y las utilidades que les correspondan, en tanto que en las sociedades civiles sólo pierden las utilidades. Ya anteriormente se transcribió el artículo 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que impone la aludida sanción.

c):—Cuando exista la cláusula leonina a que se refiere el artículo 2696 ya transcrito.

d).—Cuando se estipule que a los socios capitalistas se les restituya su aporte con una cantidad adicional haya o no ganancias, pues en este caso se violaría el precepto prohibitivo contenido en el artículo 2697.

e).—Cuando se aporten a la sociedad bienes que conforme a la naturaleza de la misma no pueda adquirir en los términos del artículo 27 constitucional y leyes reglamentarias, y en relación con lo estatuido en el artículo 2700 del Código Civil vigente.

f).—Cuando se estipule que sin necesidad de pacto expreso, podrá obligarse a los socios a hacer nuevas aportaciones para ensanchar los negocios sociales, siempre y cuando no se haya convenido tal posibilidad en el contrato social, según lo previene el artículo 2703.

g).—Cuando se convenga que cualquier socio puede ser excluido de la sociedad sin el acuerdo unánime de los demás socios y sin que exista causa grave prevista en los estatutos.

h).—En los casos en que se renuncie al derecho consignado en el artículo 2710 para que cualquier socio pueda examinar el estado de los negocios sociales y de exigir a este fin la presentación de libros, documentos y papeles, con el objeto de que puedan hacerse las reclamaciones que estimen convenientes.

i).—Cuando los socios se obliguen a aportar bienes futuros. En este caso se explica la nulidad con el objeto de evitar que a través del contrato de sociedad se imponga en rigor el derecho de suceder en forma contractual. Nuestra legislación no admite el pacto de sucesorio y, por tanto debe estar prohibida la citada cláusula (Véase Pont, Soiété, I, No. 442).

12.—*Clasificación de las sociedades.*— Estudiaremos ahora las diversas clases de sociedades que existen.

a).—Una primera clasificación fundamental se refiere a la distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles.

El criterio actual para distinguir la sociedad mercantil de la civil es simplemente formal, es decir, por disposición expresa de la Ley de Sociedades Mercantiles: todas aquellas sociedades que asuman la forma mercantil se reputarán mercantiles, aun cuando su objeto y la naturaleza de los actos que concluyan, sean civiles. No importa, por consiguiente, el criterio objetivo o material, es decir, en relación con la intrínseca y verdadera naturaleza de los actos y el fin que persiga la sociedad; puede una sociedad tener un fin exclusivamente civil, practicar actos civiles, pero si se ha constituido en forma mercantil (sociedad anónima, en comandita, etc.), por ese solo hecho se considera mercantil. Según el criterio objetivo o material para determinar la naturaleza de la sociedad: sería civil, la que concluyera actos civiles, a pesar de que tuviera forma mercantil. Tanto el Código de Comercio como el Civil anterior, se referían expresamente a este caso. El Código vigente asume un criterio intermedio, el cual en la actualidad, quedó derogado por la Ley de Sociedades Mercantiles. Este Código considera en la definición, que para que la sociedad sea civil deberá tener un fin preponderantemente económico, que no sea de naturaleza comercial; se acepta, por consiguiente, un criterio objetivo o material para la determinación de la sociedad civil, pero no se dice nada en realidad respecto de aquellas sociedades civiles que asumieran forma mercantil, porque simplemente se les sujeta al Código de Comercio. Ahora bien, como éste expresamente disponía que la sociedad civil con forma mercantil, aunque quedaba sujeta a ese Código, no perdía su carácter de civil, sí puede concluirse que el espíritu

que anima los artículos 2688 (que define la sociedad), y 2695, es un criterio material u objetivo. En la actualidad, ante precepto categórico de la Ley de Sociedades Mercantiles, este criterio no se toma en cuenta para aquellas sociedades civiles que asuman forma mercantil.

b).—Se distinguen también las sociedades de personas y de capitales. Las primeras son aquellas que forman en razón de la persona misma (intuitu personae), de las circunstancias individuales de los socios y no se toman en cuenta las aportaciones independientes de esas personas; en cambio, las segundas son las que se constituyen tomando en cuenta única y exclusivamente la aportación, sean cuales fueren las circunstacias personales e individuales de los socios. Esto trae una distinción en el régimen de las sociedades. Las de personas se constituyen con número limitado de socios; no puede existir libertad para admitir nuevos socios, sino mediante el acuerdo unánime de todos los socios que constituyan la sociedad; los mismos no pueden transferir sus derechos, sino con el consentimiento de los otros; además, cuando se autoriza esta transmisión, los restantes gozarán del derecho del tanto. En cambio, en las sociedades de capitales, los socios pueden transmitir libremente sus derechos y tienen características opuestas a las anteriores. Las sociedades civiles forman parte de las sociedades de personas; en cambio, las mercantiles contienen las dos formas, tanto de personas como de capitales. Ejemplo de sociedad mercantil de personas es la sociedad en nombre colectivo y de mercantil de capitales, es la sociedad anónima. Prescriben a efecto los siguientes artículos del Código Civil vigente: 2705: "Los socios no pueden ceder sus derechos sin el consentimiento previo y unánime de los demás coasociados; y sin él tampoco pueden admitirse otros nuevos socios, salvo pacto en contrario, en uno y en otro caso". 2706: "Los socios gozarán del derecho del tanto. Si varios socios quieren hacer uso del tanto, les competerá éste en la proporción que representen. El término para hacer uso del derecho del tanto será el de ocho días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar". 2707: "Ningún socio puede ser excluido de la sociedad sino por el acuerdo unánime de los demás socios y por causa grave prevista en los estatutos". 2708: "El socio excluido es responsable de la parte de pérdidas que le corresponda, y los otros socios pueden retener la parte del capital y utilidades de aquél, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la declaración, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación correspondiente". 2722: "En el caso de que a la muerte de un socio la sociedad hubiere de continuar con los supervivientes, se procederá a la liquidación de la parte que corresponda al socio difunto, para entregarla a su sucesión. Los

herederos del que murió tendrán derecho al capital y utilidades que al finado corespondan en el momento en que murió y, en lo sucesivo, sólo tendrán parte en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por el socio que murió".

c.—Conforme a un tercer criterio se clasifican las sociedades civiles en universales y particulares; a su vez, las primeras se subdividen en universales de todos los bienes presentes, y de todas las ganancias. En el Código anterior se admitía expresamente esta clasificación y subdivisión. El vigente ya no la contiene, principalmente porque el caso de sociedades universales es muy raro en la práctica, no obstante, no es contraria al orden del mismo. Los artículos 2237 a 2250 del Código Civil de 1884 estatuían: 2237: "Las sociedades son universales o particulares". 2238: "La sociedad universal puede ser: I.—De todos los bienes presentes; II.—De todas las ganancias". 2239: "Sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la que los contratantes ponen en común todos los bienes muebles y raíces que poseen actualmente y las utilidades que unos y otros pueden producir". 2240: "La sociedad universal de todos los bienes puede hacerse extensiva por voluntad de los contrayentes a las ganancias y frutos de los futuros, cualquiera que sea el título por que se adquieran éstos". 2241: "Es nulo todo pacto que tenga por objeto hacer extensiva la sociedad universal a la propiedad de los bienes futuros". 2242: "La sociedad universal de ganancias no comprende sino lo que las partes adquieren por su industria y todos los frutos y rendimientos de sus bienes habidos y por haber". 2243: "El simple convenio de sociedad universal, hecho sin otra explicación, se interpretará siempre como sociedad universal de ganancias". 2244: "Para que en la sociedad universal se comprendan todos los bienes, debe declararse expresamente". 2245: "En la sociedad universal de todos los bienes, la propiedad de éstos deja de ser individual y se transfiere a la persona moral de la sociedad".

La otra forma de sociedad universal se refiere a la sociedad de todas las ganancias. En ésta como en la anterior, sí se permite que se comprendan las ganancias y los frutos de los bienes presentes y todos los productos y utilidades de los futuros.

Conforme al Código anterior, cuando no se expresaba qué clase de sociedad universal quería constituirse, se reputaba que era la de todas las ganancias; era menester indicar el deseo expreso de constituir una sociedad universal de todos los bienes presentes, para que quedaren incluidos en el activo social no sólo los productos, sino también los propios bienes.

En cuanto a la sociedad particular debe decirse que es aquella en la cual se aportan bienes expresamente determinados y comprende, por tanto, sólo una parte del patrimonio actual de los socios.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 525.

13.—*Relaciones sociales internas y externas.*—Estudiaremos las relaciones de los socios con la sociedad y las de los socios con los terceros, así como las de éstos con la sociedad.

Tomando en cuenta esta clase de relaciones, podemos estudiar primero la estructura interna de la sociedad y después la externa, según la clasificación de Ruggiero, para analizar en la estructura interna las relaciones de los socios para con la sociedad y en la externa, las relaciones de terceros para con la sociedad y con los socios. En el estudio de la estructura interna, o sea, en las relaciones de los socios para con la sociedad, analizaremos los derechos y obligaciones de los socios.

14.—*Relaciones de los socios con la sociedad.*— Analizaremos sucesivamente los siguientes aspectos: a) aportaciones de los socios; b) administración de la sociedad; c) utilidades sociales y derecho a la devolución de los aportes, y d) cuidado y conservación de los negocios sociales.

"Para el estudio sistemático de los derechos de los socios en la legislación mexicana, vamos a combinar algunos de los criterios anteriores.

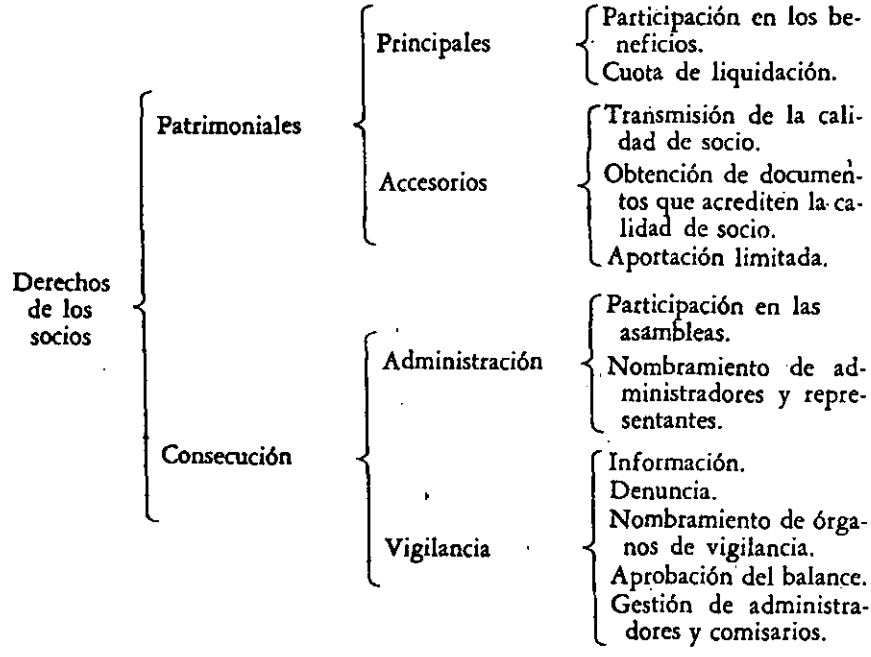
Empezaremos por aceptar, como clasificación de base, la de derechos patrimoniales y derechos de consecución. Por derechos patrimoniales entendemos los de contenido económico en interés particular y exclusivo del socio, que se ejercen frente a la sociedad. Por esto, son también los fundamentales, en cuanto que la causa del contrato de sociedad (elemento esencial, en definitiva), es la participación en los resultados patrimoniales que se obtengan.

Según la participación económica sea directa o accesoria, distinguiremos los derechos patrimoniales en principales y accesorios.

Los derechos de consecución los dividiremos, a efecto de nuestro estudio, del mismo modo que ya quedó apuntado, esto es, en derechos de consecución administrativos y derechos de consecución de vigilancia. Con la primera expresión designamos todos aquellos derechos mediante cuyo ejercicio el socio interviene directa o indirectamente en la resolución de las actividades administrativas.

Entre los segundos, comprendemos aquellos por los cuales los socios pueden informarse y denunciar las actividades sociales, bien sea en relación directa con la sociedad o bien a través de órganos específicos de vigilancia.

De acuerdo con lo dicho, podríamos establecer el cuadro de clasificaciones de los principales derechos de los socios, en la forma que sigue:



(Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 94 y 95).

15.—*Aportaciones de los socios.*—En primer término, tenemos como obligación fundamental de los socios, la de llevar a cabo las aportaciones convenidas. Esto da margen a obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, de aquéllos para con la sociedad.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 528 y 529.
Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 41 y 42.

Una vez celebrado el convenio, aunque no se haya entregado la cosa, habiéndose ya trasmitido su dominio, si ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor, perece para la sociedad; en cambio, si simplemente el socio se obliga a trasmitir el uso o goce de la cosa, se considerará que reporta las obligaciones del arrendador para con el arrendatario, y entonces si perece, para su dueño, o sea, para el socio, puesto que no ha trasmitido el dominio. Prescriben los artículos 2017 fracción V: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del

deudor, se observarán las reglas siguientes: V.—Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido", y 2024: "En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte". En el Código de 1884 disponían los artículos 2256: "El peligro de la cosa llevada en propiedad, pertenece a la sociedad, la cual no tiene obligación de restituir la misma cosa individualmente", y 2257: "Si la cosa no se lleva en propiedad, el peligro es del propietario, cuando no sea imputable a culpa de la sociedad".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 52 y 53.

Cuando se transmite sólo el uso, el socio, al responder como arrendador, debe entregar la cosa en condiciones de servir para el uso convenido; abstenerse de cambiar la forma o substancia de la misma; responder de los vicios o defectos ocultos que la hagan impropia para el uso, así como de aquellos que sobrevengan durante la sociedad, siempre y cuando no sean imputables a ésta; en fin, el Código reglamenta las obligaciones de socio en este caso, imponiéndole todas las del arrendador.

Además de la obligación de dar, con las consecuencias que hemos indicado, los socios reportan obligaciones de hacer o de no hacer cuando han convenido en aportar su trabajo, industria o profesión, o abstenerse de ejecutar ciertos actos o negocios, que entrarán a constituir el objeto de la sociedad, si el socio se compromete a no llevar a cabo aquella actividad, en virtud del perjuicio que esto le causaría a la empresa común. Como en el caso anterior, cuando no se cumple la obligación de hacer, consistente en la aportación de un trabajo, la sociedad puede exigir el cumplimiento o la rescisión del contrato. En el primer caso el socio industrial estará obligado a resarcir a la sociedad con el pago de todas aquellas ganancias o percepciones que hubiere obtenido por su industria, durante todo el tiempo en que no la aportó a la sociedad. También el Código anterior previó este caso y aunque en el vigente no existe artículo expreso, como es una simple consecuencia de normas generales, deben reputarse vigentes los artículos 2264 y 2269 de la legislación de 1884, que respectivamente, disponían: "El socio es deudor a la sociedad de todo lo que, al constituirla, se haya comprometido a llevar a ella". "Los socios que hayan pactado poner en la sociedad su industria, le deben todas las ganancias que por ésta hubieren obtenido".

Planiol, ob. cit., págs. 414 y 415.
Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 50 y 51.

16.—*Administración de la sociedad.*—Existe además como relación importante entre los socios y la sociedad, la relativa al derecho y obligación que tienen para administrar el capital social. La administración de la sociedad implica tanto un derecho como una obligación. Como la sociedad constituye una persona moral y no una copropiedad, la forma de administración de esta comunidad de bienes es distinta de aquélla que se regula para la copropiedad. Como persona moral, la sociedad debe actuar por conducto de sus órganos. Al efecto dispone el artículo 27: "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de su escrituras constitutivas y de sus estatutos". En consecuencia, es natural que se designen los socios administradores en la escritura constitutiva, para que actúen en nombre de ésta. Sin embargo, puede omitirse este requisito sin afectar la validez de la escritura social, en cuyo caso se considera que todos los socios tienen derecho a concurrir en la administración de la sociedad; sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos y no por unanimidad como se requiere en la copropiedad, para los actos de dominio. Artículo 2719: "Cuando la administración no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes. Las decisiones serán tomadas por mayoría, observándose respecto de ésta lo dispuesto en el artículo 2713". Artículo 2713: "Las facultades que no se hayan concedido a los administradores serán ejercitadas por todos los socios, resolviéndose los asuntos por mayoría de votos. La mayoría se computará por cantidades; pero cuando una sola persona represente el mayor interés y se trate de sociedades de más de tres socios, se necesita por lo menos el voto de la tercera parte de los socios". En la copropiedad sólo los actos de administración se resuelven por mayoría de votos, pero es una mayoría calculada por personas y por intereses. Prescriben al efecto los artículos 946 y 947: "Para la administración de la cosa común, serán obligatorios todos los acuerdos de la mayoría de los partícipes". "Para que haya mayoría se necesita la mayoría de copropietarios y la mayoría de intereses". En cambio, en la sociedad, tanto los actos de administración como los de dominio, se resuelven, cuando no existen socios administradores, por acuerdo de la mayoría, y ésta debe ser calculada tomando en cuenta, no el número de personas, sino el porcentaje de intereses que representen aquellos que constituyan la mayoría. En el Código vigente se imprime una modalidad para el caso de las sociedades cuyo número de socios sea de más de tres y un solo socio represente el mayor interés, pues en este caso se requiere por lo menos que la ma-

yoría se integre con el voto de uno tercera parte de los socios que además representen la mayoría de intereses. Cuando se ha previsto en la escritura social quiénes son los socios administradores, o bien, cuando esta designación se hace posteriormente en asamblea de socios, corresponderá a ellos el derecro de manejar todos los negocios, sin que los demás socios puedan entorpecer, o en alguna forma impedir esa administración; sin embargo, esto no priva a todos los socios del derecho de inspeccionar los manejos sociales, de exigir la presentación de todos los libros, papeles y correspondencia para controlar e inspecciona esos negoios. Prescriben en este sentido los artículos 2709 y 2710: "La administración de la sociedad puede conferirse a uno o más socios. Habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquéllos, ni impedir sus efectos. Si la administración no se hubiese limitado a alguno de los socios, se observará lo dispuesto en el artículo 2719"; "El nombramiento de los socios administradores no priva a los demás socios del derecho de examinar el estado de los negocios sociales y de exigir a este fin la presentación de libros, documentos y papeles, con el objeto de que puedan hacerse las reclamaciones que estimen convenientes. No es válida la renuncia del derecho consignado en este artículo".

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 530 y 531.

Existen diferentes clases de socios administradores, según se designen en la escritura social o posteriormente; si lo primero, tendrán un carácter más firme por lo que toca al derecho de administración y a su inamovilidad, porque se requerirá, para ser removidos, que por unanimidad se acuerde así o que judicialmente se decrete por causa grave originada por culpa, negligencia o inhabilidad. En cambio, cuando la disignación se hace posteriormente, basta el acuerdo de la mayoría para ob tener la remoción del socio administrador: Artículo 2711: "El nombramiento de los socios administradores, hecho en la escritura de sociedad, no podrá revocarse sin el consentimiento de todos los socios, a no ser judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad. El nombramiento de administradores, hecho después de constituida la sociedad, es revocable por mayoría de votos".

Planiol, ob. cit., págs. 418 y 419.

Las facultades concedidas a los socios administradores se reputan como facultades generales de administración, es decir, el socio adminis-

trador tiene todas las facultades de un mandatario con poder para llevar a cabo actos de administración. Se requerirá, por consiguiente, autorización expresa para ejecutar actos de dominio, a no ser que el objeto de la sociedad sea especialmente la ejecución de los mismos, en cuyo caso, se presume que el socio administrador tiene facultades para llevar a cabo esos actos. Artículo 2712: "Los socios administradores ejercerán las facultades que fueren necesarias al giro y desarrollo de los negocios que formen el objeto de la sociedad; pero salvo convenio en contrario, nececesitan autorización expresa de los otros socios: I.—Para enajenar las cosas de la sociedad, si ésta no se ha constituido con ese objeto; II.—Para empeñarlas, hipotecarlas o gravarlas con cualquier otro derecho real; III.—Para tomar capitales prestados". Disponen además los artículos 2714: "Siendo varios los socios encargados indistintamente de la administración, sin declaración de que deberán proceder de acuerdo, podrá cada uno de ellos practicar separadamente los actos administrativos que crea oportunos". Artículo 2715: "Si se ha convenido en que un administrador nada pueda practicar sin concurso de otro, solamente podrá proceder de otra manera, en caso de que pueda resultar perjuicio grave e irreparable a la sociedad". Artículo 2716: "Los compromisos contraídos por los socios administradores en nombre de la sociedad, excediéndose de sus facultades, si no son ratificados por ésta, sólo obligan a la sociedad en razón del beneficio recibido". Artículo 2717: "Las obligaciones que se contraigan por la mayoría de los socios encargados de la administración, sin conocimiento de la minoría, o contra su voluntad expresa, serán válidas; pero los que las hayan contraído serán personalmente responsables a la sociedad de los perjuicios que por ellas se causen". Artículo 2718: "El socio o socios administradores están obligados a rendir cuentas siempre que lo pida la mayoría de los socios, aun cuando no sea la época fijada en el contrato de sociedad".

17.—*Utilidades de los socios y derecho a la devolución de sus aportes.*—Una tercera relación de los socios con la sociedad se refiere a determinar las utilidades que deban corresponderles. Desde luego existe como principio fundamental el de que para proceder al reparto de utilidades o del capital social, es necesario primero disolver la sociedad y después hacer la respectiva liquidación, salvo pacto en contrario. Artículo 2729: "Ni el capital social ni las utilidades pueden repartirse sino después de la disolución de la sociedad y previa la liquidación respectiva, salvo pacto en contrario". En cuanto a la liquidación, el artículo 2728 impone el siguiente orden: 1º Cubrir los compromisos sociales. 2º Devolver las aportaciones de los socios, y 3º. Distribuir las utilidades que

hubiere. Dice así el citado precepto: "Si cubiertos los compromisos sociales y devueltos los aportes de los socios, quedaren algunos bienes, se considerarán utilidades y se repartirán entre los socios en la forma convenida. Si no hubo convenio, se repartirán proporcionalmente a sus aportes". Además, dispone el artículo 2730: "Si al liquidarse la sociedad no quedaren bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver sus aportes a los socios, el déficit se considerará pérdida y se repartirá entre los asociados en la forma establecida en el artículo anterior". Los socios son libres para estipular el porcentaje de distribución de utilidades y la forma en que deberán repartirse las pérdidas; sin embargo, esta libertad no es absoluta; no puede pactarse que determinado socio o socios perciban las utilidades y que otros reporten las pérdidas; tampoco puede pactarse que determinado socio reporte exclusivamente las pérdidas; la sociedad que se constituya en estos términos se reputa leonina y, consecuentemente, nula. Artículo 2696: "Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros". Artículo 2697: "No puede estipularse que a los socios capitalistas se les restituya su aporte con una cantidad adicional haya o no ganancias".

Josserand, ob. cit., t. II, v. II, pág. 258.

Fuera de las prohibiciones citadas, sí existe libertad para fijar la forma de distribución de utilidades o pérdidas sujeta a determinado porcentaje o proporción, ya que cuando no exista disposición alguna en la escritura constitutiva para regular este punto, entonces la ley suple la voluntad de los socios, fijando reglas de equidad, y tomando en cuenta la naturaleza de los socios capitalistas y de los industriales.

Planiol, ob. cit., pág. 421.

Se adopta como primer principio, que a falta de convenio la distribución de las utilidades será proporcional al valor de las aportaciones. En el Código anterior el artículo 2276 disponía: "La parte de los socios en las ganancias o pérdidas será proporcional a sus cuotas, si no hubiere estipulación en contrario; si sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual la de las pérdidas, y viceversa". En el mismo sentido, la obligación de reportar las pérdidas estará de acuerdo con el valor de las aportaciones; también se dispone que cuando sólo haya pacto para distribuir las utilidades, ese mismo criterio se aplicará para fijar las pérdidas, es decir, la misma proporción convenida para las uti-

lidades se entiende para las pérdidas, aun cuando no se haya expresado convenio en este último sentido. Artículo 2731: "Si sólo se hubiere pactado lo que debe corresponder a los socios por utilidades, en la misma proporción responderán de las pérdidas". Con respecto a los socios industriales, la ley contiene una reglamentación especial para fijar su derecho en las utilidades. Desde luego, el socio industrial no puede reportar las pérdidas, salvo convenio en contrario; consecuentemente, cuando no haya utilidades el socio industrial no tiene derecho alguno sobre el importe de las aportaciones, que deberán devolverse a los socios capitalistas. Artículo 2734: "Si al terminar la sociedad en que hubiere socios capitalistas e industriales, resultare que no hubo ganancias, todo el capital se distribuirá entre los socios capitalistas". En el Código anterior disponía el artículo 2279: "Si al terminar la compañía en que hubiere socios capitalistas e industriales, resultare que no hubo ganancias, el capital íntegro que haya se devolverá a sus dueños". Además, si el trabajo del socio industrial es substituible, es decir, pudiera ejecutarse por otro, se le asignará un sueldo para fijar su derecho en las utilidades, si no hubiere estipulación en ese sentido; si el trabajo del socio no es substituible, entonces se equiparará a las utilidades del socio capitalista que tenga derecho a percibir la mayor proporción; para el caso de que sólo exista un socio capitalista y un socio industrial, se repartirán por mitad las utilidades, y si existen diversos socios industriales, la mitad corresponderá a éstos, haciéndose la distribución entre ellos, bien sea por convenio, o por decisión de árbitros. El Código, en este caso, aplica reglas perfectamente lógicas para suplir la voluntad de las partes. Artículo 2732: "Si alguno de los socios contribuye sólo con su industria, sin que ésta se hubiere estimado, ni se hubiere designado cuota que por ella debiera recibir, se observarán las reglas siguientes: I.—Si el trabajo del industrial pudiera hacerse por otro, su cuota será la que corresponda por razón de sueldos u honorarios, y esto mismo se observará si son varios los socios industriales; II.—Si el trabajo no pudiere ser hecho por otro, su cuota será igual a la del socio capitalista que tenga más; III.—Si sólo hubiere un socio industrial y otro capitalista, se dividirán entre sí por partes iguales las ganancias; IV.—Si son varios los socios industriales y están en el caso de la fracción II, llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la dividirán entre sí por convenio y, a falta de éste, por decisión arbitral". Además conforme al artículo 2733: "Si el socio industrial hubiere contribuido también con cierto capital, se considerarán éste y la industria separadamente".

Planiol, ob. cit., pág. 422.

En relación con el derecho de los socios para determinar sus utilidades, el Código vigente contiene un conjunto de reglas para proceder a la liquidación de la sociedad, una vez que la misma ha sido disuelta: Desde luego es un derecho de los socios hacer dicha liquidación, si no designaren liquidadores.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, ob. cit., t. I, págs. 62 y 63.

18.—*Cuidado y conservación de los negocios sociales.*—Finalmente, los socios tienen para con la sociedad el deber de cuidar todos los bienes e intereses sociales y de reparar los daños que causen por su culpa. El socio no puede liberarse a pesar de que en otros negocios hubiere actuado diligentemente, proporcionando beneficios o utilidades a la sociedad.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 529 y 530.

19.—*Relaciones de terceros con la sociedad y los socios.*—Por lo que se refiere a la estructura externa, o sea a las relaciones de los terceros para con la sociedad y los socios, se contiene en el Código vigente los siguientes principios.

I.—Sólo los socios administradores responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales; los que no administren, sólo responden hasta el importe de su aportaciones. Artículo 2704: "Las obligaciones sociales estarán garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios que administren; los demás socios, salvo convenio en contrario, sólo estarán obligados con su aportación". En el Código de 1884 disponían los artículos 2258: "Las deudas contraídas por causa de la sociedad particular, serán carga de ésta; y el socio administrador responderá de ellas, no sólo con su haber social, sino también con sus demás bienes". Artículo 2259: "Los demás socios sólo responden de las deudas con su haber social". Artículo 2303: "Los socios no están obligados solidariamente por las deudas de la sociedad; a no ser que así se haya convenido expresamente". Artículo 2304: "Los socios responden en proporción a sus cuotas, tanto a los acreedores como entre sí".

II.—Los terceros, acreedores de la sociedad, tienen derecho preferente sobre el fondo social frente a los acreedores de los socios. Para el pago de las deudas sociales se aplicarán íntegramente los bienes de la sociedad, y si aun estas deudas no quedaren satisfechas, los socios administradores responderán con sus bienes personales. Los acreedores personales de los socios sólo tienen derecho a embargar la participación y utilidades que correspondan a cada socio.

Por lo que se refiere a los actos jurídicos concluidos con terceros, se reconoce la validez de todas aquellas operaciones llevadas a cabo por el socio administrador, dentro de los términos de su mandato, aplicando los principios que rigen para la validez de los actos ejecutados por los mandatarios; sin embargo, existe una modalidad para el caso de que el socio administrador se exceda o traspase los límites del mandato, consistente en que no siempre se sanciona el acto con la nulidad, como acontece en el caso del simple mandatario, y sólo se decreta cuando la sociedad resulta perjudicada, pero cuando se beneficia, será válido el acto. Artículo 2716: "Los compromisos contraídos por los socios administradores en nombre de la sociedad, excediéndose de sus facultades, si no son ratificados por ésta, sólo obligan a la sociedad en razón del beneficio recibido". Artículo 2715: "Si se ha convenido en que un administrador nada pueda practicar sin concurso de otro, solamente podrá proceder de otra manera, en caso de que pueda resultar perjuicio grave e irreparable a la sociedad". Cuando no exista socio administrador, los actos ejecutados por la mayoría de los socios, serán válidos, y la minoría no podrá invocar la nulidad, pero sí podrá exigir la sociedad de los socios, que hayan contraído determinadas obligaciones o celebrado dichos actos, el pago de los daños y perjuicios que le hubieren causado. Artículo 2717: "Las obligaciones que se contraigan por la mayoría de los socios encargados de la administración, sin conocimiento de la minoría, o contra su voluntad expresa, serán válidas; pero los que las hayan contraído serán personalmente responsables a la sociedad de los perjuicios que por ellas se causen".

Para que el contrato de sociedad sea oponible a terceros es necesario que se inscriba en el Registro de Sociedades Civiles. En el Código anterior no existía esta formalidad y sólo era posible la inscripción de sociedades mercantiles; en la actualidad, el Código vigente vino a crear esta nueva formalidad, equiparando las sociedades civiles y mercantiles por lo que toca a la inscripción en el registro, y agrega que la falta de él no podrá oponerse por la sociedad en perjuicio de los terceros; en cambio éstos sí podrán invocar, cuando les convenga, la existencia de la sociedad, aun cuando ésta no se haya registrado y aun cuando no se haya celebrado el contrato con todas las formalidades necesarias. Artículo 2691: "La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio conforme al Capítulo V de esta Sección; pero mientras que esa liquidación no se pida, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan

contratado con la sociedad, la falta de forma". Artículo 2694: "El contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzca efectos contra tercero". Artículo 3007: "Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registren no producirán efectos en perjuicio de tercero".

Los preceptos que regulan las relaciones de los socios con los terceros son principalmente los artículos 2704, 2716, 2728, 2729, etc.

20.—*Disolución de la sociedad.*—En el Código vigente se ha hecho una modificación respecto al de 1884, en cuanto a algunas causas que originan la disolución de la sociedad. El artículo 2720 del ordenamiento en vigor dispone: "La sociedad se disuelve: I.—Por consentimiento unánime de los socios; II.—Por haberse cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad; III.—Por la realización completa del fin social, o por haberse vuelto imposible la consecución del objeto de la sociedad; IV.—Por la muerte o incapacidad de uno de los socios que tenga responsabilidad ilimitada por los compromisos sociales, salvo que en la escritura constitutiva se haya pactado que la sociedad continúe con los sobrevivientes o con los herederos de aquél; V.—Por la muerte del socio industrial, siempre que su industria haya dado nacimiento a la sociedad; VI.—Por la renuncia de uno de los socios, cuando se trate de sociedades de duración indeterminada y los otros socios no deseen continuar asociados, siempre que esa renuncia no sea maliciosa ni extemporánea; VII.—Por resolución judicial. Para que la disolución de la sociedad surta efecto contra tercero, es necesario que se haga constar en el Registro de Sociedades".

En la legislación anterior el artículo 2308 estatuía: "La sociedad acaba: I.—Cuando ha concluido el tiempo por el que fue contraída; II.— Cuando se pierde la cosa o se consuma el negocio que le sirve de objeto; III.—Por muerte o insolvencia de alguno de los socios; IV.—Por renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás, y que no sea maliciosa ni extemporánea; V.—Por la separación del socio administrador, cuando éste haya sido nombrado en el contrato de sociedad".

Analizaremos sucesivamente las causas que enumera el Código en vigor:

I.—El consentimiento unánime de los socios es sólo aplicación de la regla general que permite en los contratos revocar éstos por mutuo

disenso. Es decir, así como el consensus constituye el contrato, el mutuo disenso lo deja sin efectos.

II.—La expiración del término presenta la modalidad que regula el artículo 2721 en la siguiente forma: "Pasado el término por el cual fue constituida la sociedad, si ésta continúa funcionando, se entenderá prorrogada su duración por tiempo indeterminado, sin necesidad de nueva escritura social, y su existencia puede demostrarse por todos los medios de prueba". En el Código de 1884 decía el artículo 2263: "La sociedad dura por el tiempo convenido: a falta de convenio, por el tiempo que dure el negocio que le ha servido exclusivamente de objeto, si tal negocio tiene por su naturaleza una duración limitada; y en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados, salvo la facultad que se les reserva en el art. 2308".

III.—La realización íntegra del fin social o la imposibilidad de alcanzar el objeto de la sociedad, tiene como causa semejante en el ordenamiento anterior, la pérdida de la cosa o la consumación del negocio que le sirva de objeto a la misma entidad. Ahora bien, es más correcta la denominación general que emplea el Código vigente, ya que la sociedad debe disolverse no sólo cuando se pierda la cosa, sino en general cuando no sea ya posible realizar el objeto o fin social.

IV.—En cuanto a la muerte o incapacidad del socio o socios administradores que tengan responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, existe una innovación con respecto al Código anterior, en virtud de que éste admitía como causa de disolución la muerte de cualquier socio, o la separación del administrador, cuando éste hubiera sido nombrado en el contrato de sociedad. De acuerdo con la organización de la misma, en el Código actual se ha considerado que la muerte de cualquier socio no es una causa suficiente para la disolución del contrato, toda vez que ésta debe decretarse para proteger a los socios y a los terceros acreedores de la sociedad. En el caso del socio administrador cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada sí existe razón para llevar a cabo esa disolución, pues seguramente, tomando en cuenta la capacidad y la actividad o diligencia del administrador, se han asociado. En cambio, en el Código anterior se consideraba que como las sociedades civiles se celebran en consideración a los socios, la muerte de cualesquiera de ellos podía originar la disolución de la sociedad; sin embargo, se admitía, lo mismo que en el Código vigente la posibilidad de un pacto para que continuara la sociedad con los socios supervivientes, o bien, para que continuara con los herederos del socio difunto. Cuando se estipula que la sociedad debe continuar con los socios que sobrevivan, deberá liqui-

darse la parte correspondiente del socio difunto para entregarla a sus herederos; en este caso, les corresponderá no sólo las participación que se liquide en el momento de la muerte, sino también todos aquellos valores o participaciones que sean consecuencia de derechos ya adquiridos por el socio difunto o de obligaciones estipuladas.

Además de lo dispuesto en la frac. IV del artículo 2720 ya transcrito, dice el artículo 2722: "En el caso de que a la muerte de un socio la sociedad hubiera de continuar con los supervivientes, se procederá a la liquidación de la parte que corresponda al socio difunto, para entregarla a su sucesión. Los herederos del que murió tendrán derecho al capital y utilidades que al finado correspondan en el momento en que murió y, en lo sucesivo, sólo tendrán parte en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por el socio que murió". En la legislación de 1884 prevenían los artículos 2311 y 2312: "La sociedad continuará, aunque fallezca alguno de los socios, si se ha estipulado que siga con los herederos del difunto o con los socios existentes". "Cuando la sociedad continuare sólo con los socios existentes, los herederos del que murió tendrán derecho al capital y utilidades que al finado correspondan en el momento de su muerte; y en lo sucesivo sólo tendrán parte en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por el difunto".

V.—La muerte del socio industrial cuando su industria haya dado nacimiento a la sociedad, tiene la misma trascendencia que la muerte del socio administrador. En el Código anterior no se especificaba este caso, en virtud de que la muerte de cualquier socio daba término al contrato social. De manera que actualmente, la muerte de sólo determinados socios, los administradores o los industriales cuya industria haya dado origen a la sociedad podrá motivar la disolución de ésta.

Se indica también en la fracción IV del artículo 2720 del Código actual, que la incapacidad del socio administrador es motivo para la disolución, lo cual es perfectamente lógico, supuesto que la incapacidad impedirá al socio administrador manejar los negocios sociales y en atención a que, en virtud de esa capacidad, algunos socios pudieran haber ingresado a la sociedad.

En el Código anterior se decía que además de la muerte, la insolvencia de los socios o de alguno de ellos, daba término al contrato social. De acuerdo con el espíritu del artículo 2720, solamente la insolvencia del socio administrador podrá considerarse como causa de extinción del contrato; la del socio industrial propiamente no afecta la vida de la sociedad, pues podrá continuar prestando sus servicios a pesar de en-

contrarse en tal estado. La insolvencia de los socios no administradores tampoco afectará las obligaciones sociales, como sí ocurre tratándose del socio administrador, ya que su responsabilidad es solidaria e ilimitada.

VI.—La sociedad puede terminar por la renuncia de algún socio, pero para esto se exigen ciertos requisitos. No basta la simple declaración de un socio para dar por terminada la sociedad, ello equivaldría a dejar la validez del contrato a la voluntad de uno de los contratantes. Sólo cuando se trate de sociedades de duración indefinida, cuando la renuncia no sea maliciosa ni extemporánea y estén de acuerdo los demás socios en no continuar ya unidos, sí quedará disuelta la sociedad.

En el Código actual la renuncia de un socio requiere la conformidad de los demás para no continuar asociados; sólo en las sociedades de duración determinada, como se ha fijado un plazo para la duración, la sociedad debe existir hasta que llegue tal término, a pesar de la renuncia de cualesquiera de sus socios. El Código vigente agrega el requisito de que los demás socios no deseen continuar asociados, o dicho en forma positiva, que los socios estén de acuerdo en que se lleve a cabo la disolución. En el Código de 1884 decían los artículos 2313, 2314 y 2315: "La disolución de la sociedad por la renuncia de alguno de los socios, solamente tendrá lugar en las sociedades de duración ilimitada". "La sociedad por tiempo determinado no puede disolverse por renuncia de alguno de los socios, sino ocurriendo causa legítima". "Es causa legítima la que resulta de incapacidad de alguno de los socios para los negocios de la sociedad, o de falta de cumplimiento de sus obligaciones u otra semejante, de que pueda resultar perjuicio irreparable a la sociedad".

En los artículos 2723 y 2724 del Código vigente se definen la renuncia maliciosa y la extemporánea en los siguientes términos: "La renuncia se considera maliciosa cuando el socio que la hace se propone aprovecharse exclusivamente de los beneficios o evitarse pérdidas que los socios deberían de recibir o reportar en común con arreglo al convenio". "Se dice extemporánea la renuncia, si al hacerla, las cosas no se hallan en su estado íntegro, si la sociedad puede ser perjudicada con la disolución que originaría la renuncia".

VII.—Por resolución judicial, también se disuelven las sociedades. Cuando la sociedad está afectada en sus efectos, por no haberse observado la formalidad prescrita por la ley, cualesquiera de los socios puede exigir su liquidación, así como cuando tenga un objeto, motivo o fin ilícitos. En este último caso, también los terceros interesados podrán exigir la liquidación.

21.—*Liquidación de la sociedad.*—El Código vigente introduce una novedad en el régimen de las sociedades después de la disolución de las mismas. De acuerdo con el Código anterior, la disolución originaba el fin o término de la misma sociedad y, por consiguiente, la extinción de la persona moral que constituye la sociedad. Esta extinción traía como consecuencia que el patrimonio social se convirtiera en una copropiedad o condominio entre los distintos socios. Por esta razón, en el Código de 1884 se aplicaban las reglas de la partición de la herencia a la liquidación de la sociedad; se consideraba que la disolución, al cesar la personalidad, motiva el nacimiento de una copropiedad, de un estado de indivisión originado por la herencia. El artículo 2316 del Código citado decía: "Son aplicables a la partición entre socios las mismas reglas establecidas para la partición entre herederos". En cambio, de acuerdo con el Código vigente, la disolución de la sociedad no origina la extinción de la misma, o sea, de la persona jurídica colectiva; consecuentemente, el patrimonio social sigue siendo un patrimonio de esa persona jurídica; no surge, por tanto, un estado de copropiedad y de indivisión entre los socios, sino que, después de la disolución de toda sociedad por cualesquiera de las causas ya mencionadas, se procede a practicar la liquidación de la misma. Esta liquidación deberá llevarse a cabo dentro de un plazo de seis meses, salvo estipulación en contrario, o sea, los socios pueden ampliar y determinar el plazo para la liquidación de la sociedad; aun cuando la sociedad esté disuelta, continúa subsistiendo como persona jurídica y debe agregarse a la razón social las palabras "en liquidación". Art. 2726: "Disuelta la sociedad, se pondrá inmediatamente en liquidación, la cual se practicará dentro del plazo de seis meses, salvo pacto en contrario. Cuando la sociedad se ponga en liquidación, deben agregarse a su nombre las palabras "en liquidación".

Por esta razón, en el Código vigente se contiene en el capítulo relativo a la liquidación, una regla distinta de la prevenida en el artículo 2316 de la legislación de 1884. En ésta hemos visto que se aplicaban las reglas de la partición de la herencia, para hacer a su vez la partición o liquidación entre los socios. En el vigente, la liquidación se lleva a cabo en la siguiente forma: Todos los socios tienen derecho a intervenir en la misma, a no ser que en la escritura se hubieren designado liquidadores o se convenga en nombrarlos. Puede también acordarse en asamblea general lo relativo a este punto. El artículo 2727 dispone al efecto: "La liquidación debe hacerse por todos los socios, salvo que convengan en nombrar liquidadores o que ya estuvieren nombrados en la escritura social".

En la liquidación de la sociedad deberán cubrirse, en primer término las obligaciones sociales. Ya hemos visto que los acreedores tienen preferencia en el patrimonio social. Art. 2728: "Si cubiertos los compromisos sociales y devueltos los aportes de los socios, quedaren algunos bienes, se considerarán utilidades y se repartirán entre los socios en la forma convenida. Si no hubo convenio, se repartirán proporcionalmente a sus aportes". En consecuencia, cubiertas las obligaciones sociales se deberán devolver sus aportaciones a los socios. El artículo 2729 exige que primero se disuelva la sociedad para repartir el capital social o las utilidades, salvo pacto en contrario. Dice dicho precepto: "Ni el capital social ni las utilidades pueden repartirse sino después de la disolución de la sociedad y previa la liquidación respectiva, salvo pacto en contrario". Hecha la devolución de los aportes a los socios, se procederá a liquidar las utilidades conforme a las reglas ya antes estudiadas. Finalmente el artículo 2730 previene: "Si al liquidarse la sociedad no quedaren bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver sus aportes a los socios, el déficit se considerará pérdida y se repartirá entre los asociados en la forma establecida en el artículo anterior".

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

22.—*Sociedad Legal. (Legislación del Estado de Aguascalientes).*— El concepto de violación que expresa la quejosa resulta infundado y suficiente para la negativa del amparo si se tiene en cuenta que en el negocio la litis constitucional se reduce a determinar si los bienes que adquirió la de cujos forma o no el fondo común de la sociedad legal bajo la cual contrajo matrimonio en el año de 1922 con su cónyuge en el Estado de Aguascalientes, pues de ello la parte actora hizo derivar la procedencia de las acciones ejercitadas. En efecto, no es exacto que la Sala responsable hubiere aplicado la Ley de Relaciones Familiares adoptada por el Estado de Aguascalientes en mil novecientos cuarenta a los bienes adquiridos por la de cujus en el año de mil novecientos sesenta y nueve, es decir, cuando ya regía en dicho Estado el Código Civil de mil novecientos cuarenta y siete, sino que, contrariamente a lo sostenido por la quejosa, la referida autoridad aplicó este último ordenamiento y concretamente sus artículos octavo en relación con el cuarto transitorio, llegando a la conclusión de que en la fecha en que entró en vigor la Ley sobre Relaciones Familiares, la sociedad legal ya había desaparecido. Ahora bien, dicho razonamiento se estima correcto en atención a que el primero de dichos preceptos de-

rogó la legislación civil anterior, o sea, la contenida en la multicitada legislación sobre relaciones familiares y en el segundo de los numerales de que se trata, se estableció textualmente lo siguiente: "Los bienes adquiridos antes de la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta por matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad legal, constituyen una copropiedad de los cónyuges, si la sociedad no se liquidó conforme a lo dispuesto en el artículo 3o. transitorio de la citada ley; cesando la sociedad de producir sus efectos desde que esa ley entró en vigor". En este ordes de ideas debe hacerse hincapié en que conforme a la última parte del numeral antes transcrito, la sociedad legal dejó de producir sus efectos el día diez de noviembre de mil novecientos cuarenta en que el Estado de Aguascalientes adoptó la expresada Ley de Relaciones Familiares, lo que conduce a establecer válidamente que los bienes que adquiriera cualquiera de los consortes a partir de la citada fecha, no deben considerarse como de la sociedad legal, sino de la propiedad exclusiva del cónyuge que los adquirió y, en la especie se encuentra debidamente acreditado que los bienes que se listan en la sección segunda del juicio sucesorio testamentario de la de cujus fueron adquiridos por ésta con posterioridad a la fecha en que entró en vigor en el Estado de Aguascalientes la citada Ley de Relaciones Familiares, por lo que, en esas condiciones, resulta que los mismos pertenecen a la referida sucesión. Por otra parte, debe decirse que si bien es verdad que el régimen de sociedad legal bajo el cual se contrajo el matrimonio en cuestión, no desapareció por haber adoptado el Estado de Aguascalientes la Ley de Relaciones Familiares en el año de mil novecientos cuarenta, pues inclusive en su artículo 3o. transitorio se refiere a ella como simple comunidad en los términos y con las condiciones establecidas en dicho precepto, también es cierto, como se ha visto, que cesaron los efectos de dicha sociedad legal en virtud de lo dispuesto por la última parte del artículo 4o. transitorio del Código Civil de mil novecientos cuarenta y siete. No es obstáculo para la consideración que antecede, la circunstancia de que el Código actualmente vigente en el Estado de Aguascalientes acepte la existencia de la sociedad conyugal que " . . . es más afin a la sociedad legal . . . ", puesto que, como se deja visto, cesaron los efectos de dicha sociedad por disposición del artículo 4o. transitorio de dicho ordenamiento y, en esas condiciones, resulta obvio que las normas contenidas en el mismo, sólo tienen aplicación para los matrimonios concertados bajo el imperio de la multicitada legislación.

Amparo directo 3628/77.—Javier González Gómez.—14 de agosto de 1978.—5 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 144.

23.—*Sociedad Legal. Legitimidad de uno de los cónyuges para demandar la nulidad por simulación de venta de bienes que forman parte de aquélla. (Código Civil del Estado de Sonora de 1884).*—Si el matrimonio fue celebrado bajo el régimen sociedad legal, en los términos de los artículos 1996, 2008, 2022 y 2023 del Código Civil del Estado de Sonora de 1884, los bienes adquiridos por el cónyuge durante el matrimonio forman parte de la sociedad legal; dichos bienes se presumen comunes y el dominio y posesión de los mismos residen en ambos cónyuges. De lo anterior se desprende que la cónyuge está legitimada para demandar de su esposo y un tercero la nulidad por simulación de un contrato de compraventa que comprende varios inmuebles, sin importar que los bienes no hubieren sido adquiridos por el cónyuge demandante, por la sociedad legal o por su esposo, con su dinero o con el dinero de la sociedad legal, porque dichos bienes fueron adquiridos por el cónyuge demandado durante su matrimonio y debe considerarse, de acuerdo con los preceptos arriba indicados, que forman parte de la sociedad legal y la titularidad reside en ambos cónyuges.

Amparo directo 137/76.—Angel B. Fernández o Angel Fernández Blanco.—10 de agosto de 1977.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.—Secretario: Salvador Castro Zavaleta.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1977. Tercera Sala. Pág. 176.

24.—*Sociedades Anónimas, convocatoria judicial para las asambleas de. Cuando no es atendible la tramitación prevista en los artículos 1349 al 1356 del Código de Comercio.*—La solicitud que presenten ante la autoridad judicial los accionistas que cuenten por lo menos con el treinta y tres por ciento de capital social, para que se convoque a una asamblea general, siempre que el administrador o consejo de administración o los comisarios, se hubieran rehusado a hacer la convocatoria o no la hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, no debe sujetarse a la tramitación que establecen los artículos del 1349 al 1356 del Código de Comercio, para los incidentes en los juicios mercantiles, ni por ende, se requiere que previamente el Juez que conozca del asunto corra traslado de la petición al administrador o consejo de administración y a los comisarios, dado que esos trámites están reservados, según el texto del artículo 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para las hipótesis que la misma

prevé, y no importa en contrario que el propio artículo 185 remita, en su primer párrafo, a "la petición que se refiere el artículo anterior . . .", toda vez que la remisión que se hace, en tal punto, a lo dispuesto por el artículo 184, sólo implica que aquel dispositivo alude también a la solicitud que puede formularse en cualquier tiempo al administrador o consejo de administración o a los comisarios, para que lancen la convocatoria a una asamblea general de accionistas, mas no que la ley ordene dar igual trámite a la petición que provenga de quienes representen cuando menos el treinta y tres por ciento del capital social y la sociedad que haga el titular de una sola acción.

Amparo en revisión 366/79.—Madera Hera, S. A.—8 de febrero de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Joel González Jiménez.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. Núm. 12. Pág. 316.

25.—*Sociedades Anónimas, legitimación activa de un socio para demandar la nulidad de actas de asamblea de las.*—En el caso en que una persona demande la nulidad de las actas de asamblea de una sociedad anónima por vicios en la convocatoria, ostentándose como socio de dicha persona moral por poseer acciones al portador, es necesario que exhiba éstas ante el Juez o bien el correspondiente certificado de depósito, para demostrar, de esa manera, que está legitimado activamente y que tiene interés jurídico en obtener una sentencia, dado que las acciones al portador, de conformidad con lo ordenado por el artículo 70 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son títulos que se transmiten por simple tradición; por lo tanto, su tenencia material, y por ende su exhibición, son necesarias para acreditar el derecho que se afirma tener respecto a la sociedad anónima.

Amparo directo 6992/77.—Fábrica San Luis, S. A.—25 de agosto de 1978.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 61.

26.—*Sociedades, asambleas de las. Las resoluciones tomadas en ellas no son susceptibles de ser anuladas por los propios accionistas, sino sólo judicialmente.*—Aceptar que las resoluciones tomadas en una asamblea de accionistas puedan ser anuladas sin mayor trámite, a través de la resolución que los propios accionistas tomen en una asamblea posterior, además de que vulnera la seguridad jurídica de tales actos, especialmente respecto a sus efectos frente a terceros, representa violar el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que prevé,

como único medio de impugnar la validez de las resoluciones de las asambleas generales, la oposición judicial, y esto, siempre y cuando se cubran los requisitos que para hacer valer tal opción, señala el propio numeral en cita.

Amparo directo 6315/76.—Valores de Inversión, S. A.—16 de agosto de 1978.—5 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 161.

27.—*Sociedades de capital variable. No requieren modificar su escritura social para aumentar o disminuir su capital.*—Es verdad que en términos de la fracción III del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, son asambleas extraordinarias las que se reúnen para tratar, entre otros asuntos, el aumento o reducción del capital social; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 de la citada legislación, que se refiere a las sociedades de capital variable, en éstas el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios y por admisión de nuevos socios y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas es el propio capítulo III de dicho ordenamiento, con la circunstancia de que la razón legal de este último extremo, obedece a que en las sociedades de este tipo, resulta inadecuado el principio de permanencia constante del mismo monto del capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por su especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital y es en función de ello que el aumento o disminución del mismo, puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social y por tanto, sin que sea necesaria la celebración de la asamblea general extraordinaria de accionistas a que se refiere el primero de los preceptos citados con anterioridad, por lo que la única limitación es que dicho aumento o disminución se lleve a cabo en los términos del contrato social.

Amparo directo 5973/74.—Transportes del Pacífico, S. A. de C. V.—5 de junio de 1978.—5 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-Junio 1978. Tercera Sala. Pág. 161.

28.—*Sociedades irregulares o de facto, prueba de las.*—Para tener por justificada en el proceso mercantil la existencia de facto de una sociedad irregular, es suficiente con que en el juicio se prueben los actos mediante los cuales la persona moral se reveló como tal ante terceros.

Amparo directo 2370/77.—Vicente Huerta Martínez.—13 de marzo de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 162.

TITULO VIII

LA FIANZA

Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, t. VI, Nos. 423-429.—Baudry-Wahl, Cautionnement, Nos. 928 y sgts. Laurent, Principes de Droit Civil Positif Français, XXVIII, Nos. 131 y sgts.—Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di Diritto Civile Italiano, t. V, págs. 632 y sgts. Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, págs. 606-613.

CAPITULO I

Definición y Clasificaciones

1.—*Definición.*—El artículo 2794 del Código Civil vigente define la fianza como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Es necesario completar esta definición, indicando el carácter accesorio del contrato de fianza, por ser fundamental para las relaciones jurídicas que engendra, y precisar qué es lo que se obliga a pagar el fiador en el caso de incumplimiento del deudor.

De acuerdo con lo dicho, la fianza se define como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace.

En la definición se precisa el carácter accesorio de la fianza del cual habremos de deducir diversas consecuencias de interés jurídico y, además, la posibilidad que el fiador pague la misma prestación o una equivalente o inferior, de igual o distinta especie, toda vez que conforme al artículo 2799, el fiador puede obligarse a menos, pero nunca a más que el deudor principal, de tal manera que si se hubiere obligado a más se reducirá su obligación a los límites de la deuda, y en caso de duda, se entenderá que se obligó por igual prestación. Además, conforme al artículo 2800 el fiador puede también obligarse a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

De aquí también se desprende la posibilidad de que se garanticen con fianza, obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer. En el caso de incumplimiento de las mismas, el fiador responderá por el monto de los daños y perjuicios equivalentes a la indemnización compensatoria, o sea, a la prestación que tendrá derecho a exigir el acreedor a su deudor.

Al tratar del carácter accesorio de la fianza analizaremos los problemas jurídicos que al respecto pueden originarse.

2.—*Carácter accesorio de la fianza.*—El carácter accesorio de la fianza debe considerarse como su principal atributo en virtud del sinnúmero de consecuencias jurídicas que se derivan del mismo, pudiendo señalar como principales las siguientes:

a). La inexistencia de la obligación principal, originará la inexistencia de la fianza;

b). La nulidad absoluta de la obligación principal, asimismo motivará la nulidad absoluta de la fianza;

c). En cuanto a la nulidad relativa de la deuda, conforme al artículo 2797 se estatuye que: "La fianza no puede existir sin una obligación válida. Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado". Este precepto acepta la validez de la fianza que recaiga sobre una obligación anulable, en virtud de que la nulidad relativa sólo puede ser invocada por el deudor principal. Sin embargo, si éste intenta la nulidad u opone la excepción respectiva y el juez declara dicha nulidad, es evidente que la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido también la relación jurídica principal.

Véase al respecto lo relativo a las obligaciones naturales, en el t. III, págs. 21 a 38 de este Compendio.

Independientemente de que se acepte o no el concepto de abligaciones naturales en nuestro derecho, es indudable que el caso de la fianza que válidamente puede constituirse para garantizar una obligación afectada de nulidad relativa, no constituye un ejemplo de obligación natural susceptible de ser asegurada mediante obligación accesoria, sino una consecuencia perfectamente fundada dentro de la técnica propia de las obligaciones anulables y en atención a que, conforme a otro principio inherente a la fianza, el fiador no puede oponer las excepciones personales del deudor, lo que motiva la consecuencia jurídica de que la fianza sea válida y surta todos sus efectos en aquellos casos en que el deudor no oponga la excepción, dada la imposibilidad de que el fiador la haga valer.

d). Otra consecuencia del carácter accesorio de la fianza se presenta

en cuanto a la trasmisión del crédito principal, que trae consigo también la transferencia de los derechos accesorios (fianza, prenda e hipoteca). El artículo 2032 del Código Civil vigente determina que: "La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegios, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal".

e). En los casos de subrogación legal o convencional, consecuentemente se transferirán al acreedor subrogado los citados derechos accesorios.

f). En cuanto al alcance de la obligación accesoria ya hemos indicado que la fianza no puede exceder ni en valor, ni en cuantía a la obligación principal, reduciéndose de pleno derecho el monto de ésta, si se contraviene tal disposición. Como consecuencia natural, la fianza puede amparar una cantidad menor a la deuda.

g). En cuanto a la novación se dice expresamente por el artículo 2221 que el acreedor no puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador, a efecto de que pase dicha garantía a la nueva obligación que se constituya. Se aplica, por consiguiente, el principio de que lo accesorio corre la suerte de lo principal, toda vez que extinguida por la novación la deuda primitiva, también se extingue la fianza, a menos de que el acreedor de acuerdo con el fiador, se reserve expresamente dicha garantía.

h). Referente a la prescripción, la interrupción de la misma respecto a la deuda principal, motivará la interrupción en cuanto a la fianza. El artículo 1172 estatuye: "La interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador".

i). Los beneficios de orden y excusión que la ley consagra en favor del fiador y que después analizaremos, son una consecuencia también del carácter accesorio de la fianza, toda vez que por dicho carácter el acreedor debe demandar primero al deudor y ejecutar en sus bienes, y sólo para el caso de que hubiese un saldo insoluto podrá dirigir su acción en contra del fiador, evidenciándose de esta suerte la naturaleza subsidiaria de la garantía, como otra manifestación de su índole accesoria.

j). Finalmente la extinción de la relación jurídica principal, motiva la extinción de la deuda, conforme al artículo 2842, según el cual: "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones". En su oportunidad trataremos ampliamente todo lo relativo a las formas de extinción de la fianza.

CAPITULO II

Elementos Esenciales y de Validez del Contrato de Fianza

1.—*Elementos esenciales.*—En el contrato de fianza los elementos esenciales son tres: a) Consentimiento; b) Objeto y c) Existencia de la obligación principal.

a) Consentimiento.—El acuerdo de voluntades se forma entre acreedor y fiador, manifestándose en el sentido de que el último se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La manifestación de voluntad del deudor es innecesaria, permitiendo el Código que la fianza se constituya aún contra la voluntad del mismo.

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II. pág. 608.

El consentimiento en la fianza debe manifestarse expresamente, no siendo válido el que se otorga de una manera tácita, es decir, por medio de hechos o actos que hagan suponerlo.

Aun cuando la fianza se caracteriza como contrato, en los casos de fianza judicial, o de fianza otorgada en póliza por una institución legalmente facultada, en nuestro concepto dichos actos tienen el carácter de unilaterales, es decir, no se requiere la manifestación de voluntad coincidente entre acreedor y fiador, o consentimiento. Más aún, ni siquiera se exige la intervención del acreedor, o se le da posibilidad legal de intervenir.

Si se trata de una fianza judicial, es el tribunal el que determina su cuantía y el que acepta al fiador que reúna los requisitos legales de solvencia, otorgándose el acta judicial de fianza, aun contra la voluntad del acreedor, lo que demuestra indiscutiblemente que dicha fianza se caracteriza como acto jurídico unilateral, pues con la manifestación del fiador otorgada ante el tribunal, para que se generen las obligaciones inherentes a la garantía judicial.

Si la fianza se otorga en forma de póliza, ésta por su redacción misma constituye una declaración unilateral de voluntad de la institución afianzadora, sin que intervenga el acreedor, ni mucho menos sin que se requiera su voluntad, para formar el consentimiento, siendo válida y eficaz la fianza así otorgada aún en el supuesto de que el acreedor la rechazara, y tratara de exigir otra garantía.

b) Objeto.—El objeto directo de la fianza consiste en crear la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor, si éste no lo hace.

El objeto indirecto consiste en la prestación que deberá pagar el

fiador, la cual puede ser una cosa o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder de su valor en este último caso.

c) Existencia de la obligación principal. En los contratos de garantía, existe un elemento esencial de naturaleza específica, consistente en la existencia de la obligación principal, pues, si ésta no llega a existir o no tiene a su vez sus elementos esenciales, el contrato accesorio tampoco puede tener vida jurídica. La fianza, por consiguiente, será inexistente, si lo es la obligación principal. Este principio no queda desmentido por la posibilidad legal de afianzar obligaciones futuras, ya que la existencia misma de la fianza dependerá de la realización de esas obligaciones. Lo mismo debe decirse cuando la obligación principal dependa de una condición suspensiva, pues la fianza también quedará subordinada a dicha modalidad.

2.—*Modalidades relacionadas con la fianza.*—Las modalidades que pueden afectar la constitución de la fianza, son de dos órdenes: a).—Modalidades inherentes a la obligación principal, que indirectamente afectan a la fianza, y b).—Modalidades estipuladas en el contrato de fianza.

a).—Las modalidades relativas a la obligación principal, que se reflejan en la fianza, pueden ser la condición, el término, la pluralidad de sujetos o de objetos, o la indivisibilidad de la obligación.

b).—Las modalidades estipuladas en el contrato de fianza, pueden ser el término y la condición. La pluralidad de fiadores también constituye en verdad una forma especialísima sujeta a reglas expresamente elaboradas en el Código Civil para solucionar los distintos casos.

Cabe también señalar la posibilidad de que varios fiadores se obliguen mancomunada o solidariamente con el deudor, o bien, que existiendo solidaridad activa o pasiva respecto a los obligados principales, se constituyan diversos fiadores obligados también solidariamente.

Por último, cabe la posibilidad de que siendo la obligación principal pura y simple, la fianza resulte alternativa o facultativa, por un pacto expreso entre fiador y acreedor.

3.—*Elementos de Validez.*—Los elementos de validez que estudiaremos respecto de la fianza, serán respectivamente la forma, la capacidad, la ausencia de vicios y la licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

En cuanto a la forma, ya hemos hecho su estudio con anterioridad.

Respecto a la capacidad, simplemente se exige al fiador la general para obligarse, reconocida en nuestro derecho tanto al hombre como a

la mujer. En el Código Civil anterior se decretaba una incapacidad para las mujeres, quienes conforme al artículo 1704, sólo podían ser fiadoras en los casos siguientes: I.—Cuando eran comerciantes. II.—Si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor. III.—Si hubieren recibido del deudor la cosa o cantidad sobre que recae la fianza. IV.—Si se obligaron por cosa que les pertenecía, o en favor de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

En el artículo 1703 del citado Código se contenía la siguiente regla: "Pueden ser fiadores todos los que pueden contratar".

En nuestro derecho vigente tiene interés estudiar los casos de incapacidad de la esposa, del menor emancipado y de algunas personas físicas o morales, respecto de las cuales se estatuyen incapacidades especiales.

a) Incapacidad de la esposa.—Anteriormente el artículo 175 del Código Civil vigente, ordenaba que la mujer requería autorización judicial para ser fiadora de su marido, o para obligarse solidariamente con él, en asuntos que fueran del interés exclusivo de éste.

La autorización mencionada no se concedía cuando notoriamente resultaran perjudicados los intereses de la mujer, la que no necesitaba de autorización judicial para otorgar fianza a fin de que su esposo obtuviera la libertad. Dicho artículo fue reformado en los siguientes términos:

"También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados *los intereses de la familia o de uno de los cónyuges*".

Cabe aclarar que el artículo 175 fue derogado por el artículo 1o. del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994.

Cuando la mujer sea menor de edad, conforme al artículo 643, tendrá la administración de sus bienes, así como podrá contratar o disponer de los mismos, pero necesitará autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar los raíces, y un tutor para los negocios judiciales. Por consiguiente, la mujer casada menor de edad, podrá dar fianza en favor de tercero, requiriendo sólo la autorización judicial cuando el cumplimiento de la garantía consiste en enajenar bienes raíces para darlos en pago.

b) Incapacidad del menor emancipado.—Los menores emancipados, conforme al artículo 643 tienen la libre administración de sus bienes, necesitando autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

En consecuencia, el menor emancipado resultará incapaz para otorgar una fianza respecto de obligaciones de dar, hacer o no hacer, si en la garantía se obligare a pagar por el deudor mediante la trasmisión

del dominio de un bien inmueble de su propiedad, aun cuando el valor de éste fuese inferior al de la deuda principal.

Podría objetarse que el fiador en estos casos estipula una obligación de hacer, consistente en transferir el dominio de una cosa, si el deudor no cumple la obligación principal. Aun cuando es verdad que esa obligación de hacer conserva tal carácter mientras no ocurre el incumplimiento del deudor, también es cierto que se transforma en el caso de ser cumplida, en una obligación de dar, y si se refiere a la trasmisión del dominio de un inmueble, el menor emancipado no tendrá capacidad para ello, así como tampoco para constituir la fianza misma, pues sería absurdo que la garantía fuese válida, aun cuando no se pudiera exigir su cumplimiento.

c) Incapacidades que resultan a determinadas personas.—Los que ejercen la patria potestad, los tutores, los representantes del ausente, los síndicos, albaceas y demás representantes legales, no pueden dar fianzas en nombre de sus representados. Expresamente para los que ejercen la patria potestad lo prohibe el artículo 436 parte final, para los tutores el 563 y la misma regla se aplica para el representante del ausente, conforme al artículo 660. Para los síndicos y albaceas debe regir la misma norma, pues en donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

Capacidad económica.—Además de la capacidad jurídica, la ley exige para fiador una determinada solvencia o capacidad económica, consistente en tener bienes suficientes para responder de la obligación. Ya tratamos este punto en relación con la fianza judicial e indicamos las diferencias entre el Código anterior y el vigente, consistentes en que aquél exigía para la solvencia del fiador bienes suficientes libres de gravamen y ubicados en el lugar del juicio, en tanto que el actual ordenamiento sólo estatuye que el fiador debe tener bienes suficientes para responder de la obligación, tanto en la fianza convencional como en la legal o judicial.

4.—*Ausencia de vicios.*—La fianza como cualquier otro contrato, para ser válido, debe estar exento de vicios: error, dolo, violencia o lesión.

Cuando el fiador ha sufrido alguno de dichos vicios, puede atacar el contrato mediante la acción o excepción de nulidad relativas.

En cuanto a la lesión, si el deudor principal fue explotado por el acreedor, aprovechándose de su ignorancia, inexperiencia o extrema miseria, para obtener un lucro indebido, notoriamente desproporcionado con la prestación que por su parte se obligara a pagar dicho acreedor, se discute si el fiador puede oponer la excepción respectiva, pues de exi-

girse el cumplimiento de la deuda, la lesión que afectaba a la obligación principal, pasa a la accesoria. El artículo 2230 dice que la nulidad por causa de lesión, sólo podrá invocarse por el que se ha perjudicado por la misma, y en el caso de la fianza no puede decirse que el fiador fue también víctima. En todo caso, puede evitar el pago, llamando a juicio al deudor para que oponga la excepción de nulidad relativa, y de esa manera se evitará que si sólo la opone el fiador, se desechará en la sentencia, por considerar el juez que se trata de una excepción personal del obligado principal.

Hacemos notar la diferente redacción que emplea el artículo 2230, al estatuir: "que la nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz". En los demás casos diversos de la lesión, expresamente la nulidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido los vicios o es el incapaz; en cambio, para la lesión se emplea la denominación genética de que se haya perjudicado por la lesión, como requisito para intentar la nulidad.

5.—*Ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato.*—Cuando el contrato principal es ilícito en su objeto, motivo o fin, también lo es la fianza y, por consiguiente, la nulidad que afecte a dicho contrato, pasará también a la garantía. De esta suerte no pueden garantizarse obligaciones ilícitas, y como ejemplo principal citaremos las deudas de juego prohibido, o los contratos de compraventa de cosas cuya enajenación esté prohibida (medicinas secretas o sin fórmula, drogas enervantes, armas prohibidas, etc.).

Puede la obligación principal ser lícita y la fianza tener carácter ilícito, cuando el fiador se obligue a pagar por el deudor una prestación, que aunque sea de menor valor que la principal, su objeto, motivo o fin sean ilícitos. Tal sería el caso en el cual el fiador se obligara a trasmitir el dominio de una cosa cuya enajenación esté prohibida, o a entregar cualesquiera de los bienes antes citados, en el caso de que el deudor no cumpliere su prestación.

La ilicitud en la fianza misma originará una excepción que como es natural, sólo podrá oponer el fiador.

6.—*Otros requisitos de validez de la fianza.*—Ya hemos dicho que para que la fianza sea válida, no puede exceder, ni en valor, ni en cuantía, de la obligación principal, y que de violarse el precepto prohibitivo contenido en el artículo 2799 del Código Civil vigente, la fianza se reducirá a los límites de la deuda; y en caso de duda sobre si el fiador

se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por la misma cuantía, pudiendo también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinados.

Conforme al artículo 493 del Código Suizo, para que sea válida la fianza en el caso de obligaciones de cuantía incierta, eventual o indeterminada, es necesario que la fianza se otorgue por una suma limitada, dentro de la cual se obliga el fiador, siendo nula, si no existiere tal estipulación. Nuestro artículo 2798 permite la constitución de una fianza en garantía de deudas ilíquidas, es decir, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. En este caso, se sobreentiende que la fianza no podrá exceder del valor que en definitiva se liquide con respecto a la deuda.

7.—*Obligaciones que pueden ser garantizadas con fianza.*—De todo lo expuesto anteriormente se desprende que toda clase de obligaciones lícitas y por consiguiente válidas, pueden ser afianzadas, tanto principales como accesorias, de dar, hacer o no hacer, líquidas o ilíquidas, presentes o futuras, puras o sujetas a modalidades.

También puede ser objeto de fianza la obligación nacida de la fianza misma, es decir, conforme al artículo 2796 ésta puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en favor del mismo fiador, ya sea que uno u otro, en sus respectivos casos, consientan en la garantía, ya sea que la ignoren, o que la contradigan.

La fianza puede también recaer respecto de una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, es decir, respecto de una obligación afectada de nulidad relativa, a cuyo efecto nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

También la fianza puede garantizar la obligación accesoria estipulada en los contratos de prenda, anticresis o hipoteca, y aun cuando generalmente carece de objeto esta sobregarantía, pudiera darse el caso de que existiera duda respecto de la validez de esos contratos accesorios, o bien, las cosas gravadas fueren insuficientes o existiere temor de que perecieren.

Puede también garantizarse con fianza, la obligación que el deudor contraiga de reembolsar a la compañía fiadora, cuando ésta pagare por él. En este caso, la compañía fiadora, o el fiador particular, tendrán acción para repetir en contra del deudor, y es conveniente exigir a éste que garantice a su vez esa obligación, dado que su posible insolvencia podría

hacer nugatorio el derecho de reembolso que asiste al fiador que ha pagado.

CAPITULO III

Diversas Relaciones Jurídicas que Origina la Fianza

1.—*Enumeración.*—Las relaciones jurídicas que origina la fianza son de tres clases:

1.—Relaciones entre el acreedor y el fiador.
2.—Relaciones entre el deudor y el fiador y
3.—Relaciones de los fiadores entre sí.

2.—*Relaciones entre acreedores y fiador.—Materias que comprenden.*—Este apartado se referirá principalmente a las excepciones y derechos que pueden existir, en el caso de que el acreedor demande al fiador. Asimismo, abarcará los beneficios que este último puede disfrutar y las consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento de la obligación principal.

3.—*Excepciones.*—El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal, y a la fianza, pero no puede hacer valer las excepciones que sean personales del deudor.

El artículo 2812 al enumerar las excepciones oponibles por el fiador al acreedor, omite aquellas que sean inherentes a la fianza, siendo así que esta clase de defensas, generalmente constituirán el medio más importante para que el fiador resulte liberado.

Se deben distinguir, por consiguiente, las causas que extinguen la fianza por vía de consecuencia, debido a la extinción de la obligación principal, y que constituyen las excepciones inherentes a la misma, de las causas que extinguen la fianza en forma directa, quedando subsistente la obligación principal, y que constituyen excepciones que exclusivamente puede hacer valer el fiador.

También el fiador tiene las excepciones inherentes a los beneficios de orden, excusión y división, en su caso, que trataremos al hablar de los mismos.

4.—*Excepciones inherentes a la fianza.*—De esta suerte, como excepciones inherentes a la fianza, tenemos las siguientes:

a) Las que implican la nulidad relativa del contrato accesorio, por incapacidad, error, dolo o violencia, cuando el fiador sufre estos vicios o es el incapaz. También la nulidad relativa procede en los casos de inobservancia de la forma, cuando la fianza deba constar por escrito.

b) Las que implican la nulidad absoluta del contrato de fianza, por ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato. Principalmente deben citarse los casos en los que las compañías de fianzas otorgan garantías personales violando las prohibiciones de interés público impuestas por la ley de la materia. Aun cuando el artículo 2225 del Código Civil dice que: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley", generalmente, se tratará de una nulidad absoluta.

c) Las que provengan de la confusión, compensación o remisión, entre el fiador y el acreedor.

En el caso de confusión, cuando se reúnan en la misma persona las calidades de fiador y acreedor, es evidente que la fianza se extingue, pero no la obligación principal. Asimismo, sobreviene la extinción, si se reúnen en la misma persona las calidades de deudor principal y fiador, pues sólo subsiste, la deuda y como sujeto responsable el obligado directamente. El artículo 2843 alude a este caso al estatuir: "Si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador", sobreentendiéndose, aun cuando no lo diga el artículo, que la fianza sí queda extinguida.

Por virtud de la compensación, conforme al artículo 2198, cuando el fiador sea demandado por el acreedor, puede oponer a éste la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda principal, pues en ese momento, y no antes de que se entable la demanda (por prohibirlo así el citado precepto), se habrán reunido respectivamente en las personas de acreedor y fiador, las calidades de deudores y acreedores a la vez y por su propio derecho.

Por remisión la fianza se extingue, cuando el acreedor perdona o libera expresamente al fiador. "La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas deja subsistente la primera". (Art. 2210). Es decir, la remisión de la fianza no extingue la obligación principal, pero la de ésta sí entraña la liberación del fiador.

"Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente a alguno de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros". (Art. 2211).

"La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado". (Art. 2844).

d) Las excepciones que provengan de prórroga, alteración de la deuda para sujetarla a nuevos gravámenes, caducidad, o novación.

Conforme al artículo 2846: "La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza".

También se produce dicha extinción, cuando por virtud de la quita se sujeta a la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones. Estatuye el artículo 2847: "La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones".

En realidad, al sujetar la deuda a nuevos gravámenes o condiciones, se opera una novación, ya que se altera sustancialmente, sustituyéndola por otra obligación.

5.—*Excepciones inherentes a la obligación principal.*—Además de las excepciones propias de la fianza, conforme al artículo 2812: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor".

Ya hemos indicado que las excepciones inherentes a la obligación principal, constituyen las distintas formas de extinción de la misma, que por vía de consecuencia originarán a su vez la extinción de la fianza, según el artículo 2842, que dice: "La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones".

Trataremos sucesivamente los principales casos de extinción de la deuda, que motivarán las excepciones que puede oponer el fiador al acreedor, por ser inherentes a la obligación principal, a fin de diferenciarlas de las personales del deudor, que no puede hacer valer:

a) Compensación.—"El fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal, pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador". (Art. 2199).

Según este precepto, cuando el fiador sea demandado, si tiene conocimiento de que el acreedor es a su vez deudor de su fiado, u obligado principal, deberá oponer la compensación, de la misma suerte que el deudor lo hubiese hecho, ya que se trata de una defensa inherente a la obligación principal.

b) Confusión.—Si se confunden en la misma persona las calidades del acreedor y deudor principal, se extingue la deuda conforme al artículo 2206 y, consecuentemente, la fianza; pero si la confusión cesa, la obligación renace y con ella la garantía.

En los casos de herencia dispone el artículo 1678, que la aceptación de la misma en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, por lo que tampoco existirá confusión entre los derechos y obligaciones de estos últimos y los del de cujus. Por esto dice el artículo 2208 que: "Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél" y, consecuentemente, en ese caso, no se extinguirá la fianza. Una vez hecha la partición, como su efecto consiste en fijar la porción de bienes hereditarios que corresponda a cada uno de los herederos, si en esa porción va incluida la deuda que tenía el de cujus con el heredero, se extinguirá la obligación, y por tanto, la fianza. O viceversa, si es el deudor el que hereda el crédito existente en su contra, mismo que se le aplica en la partición hereditaria, se extinguirá la obligación principal y también la fianza.

c) Remisión.—Ya hemos indicado que la remisión de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias. En nuestro derecho, dicha remisión es un acto jurídico unilateral, de tal suerte que no requiere el consentimiento del deudor, pudiendo en consecuencia aprovecharse de ella el fiador, desde el momento mismo en que se haga.

Aun cuando el deudor renunciara o rechazara la remisión de la deuda, conforme al artículo 2813, el fiador podrá hacerla valer como excepción.

d) Novación.—El artículo 2220 declara: "La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva", pero para la fianza es menester el consentimiento del fiador, lo que implica en realidad un nuevo pacto, de tal suerte que no hay propiamente un traspaso de la fianza, sino una nueva constitución, salvándose así el principio riguroso de la accesoriedad, en esta aparente excepción a la regla general, de que lo accesorio corre la suerte de lo principal.

e) Prescripción.—La prescripción de la deuda, puede ser opuesta por el fiador, aunque el deudor hubiese renunciado a la misma. Introduce esta novedad el artículo 2813, conforme al cual: "La renuncia voluntaria que hiciese el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones".

f) Rescisión y nulidad.—Tanto la rescisión como la nulidad producen el efecto de extinguir la obligación y, por tanto, la fianza. También en este caso el artículo 2813 hace sólo responsable al deudor de la

renuncia que hiciere respecto a la rescisión o nulidad, permitiendo al fiador que oponga estas excepciones.

6.—*Excepciones personales del deudor.*—Ya hemos indicado que todas las causas de nulidad relativa constituyen excepciones personales del deudor, incluyéndose la que deriva de lesión, pues por los términos del artículo 2230 ésta podrá invocarse sólo por el perjudicado. En cuanto al error, dolo y violencia, exclusivamente pueden invocarse por el que ha sufrido esos vicios, es decir, en el caso por el deudor. Para la incapacidad, únicamente el incapaz puede oponerla.

7.—*Beneficios.*—Además de las excepciones que puede hacer valer el fiador, la ley le reconoce tres beneficios: el de orden, el de excusión y el de división. Los dos primeros se refieren a las relaciones del fiador con el acreedor, el último comprende tanto las relaciones de los fiadores con el acreedor, como las de éstos entre sí.

Existe una diferencia sustancial entre la forma o modo de operar de los dos primeros beneficios, en relación con el último. En efecto, por ministerio de la ley funcionan los beneficios de orden y excusión, de tal manera que deben renunciarse para que el fiador pierda las ventajas inherentes a los mismos. En cambio, el beneficio de división debe estipularse, pues de lo contrario, no funciona por ministerio de la ley, es decir, si son varios los fiadores respecto de una misma deuda, no pueden oponerle al acreedor todos ellos, o el que fuere demandado, la excepción relativa a la división de la responsabilidad, ya que para tal efecto, es menester pacto expreso entre el acreedor y los fiadores. Por esta razón estatuye el artículo 2827 que: "Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, *no habiendo convenio en contrario;* pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio".

8.—*Beneficio de orden.*—El beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador, sin haber demandado antes al deudor. Al efecto dice el artículo 2814: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor..." Conforme a este artículo, el acreedor no puede demandar al fiador, sin que previamente reconvenga al deudor.

No requiere la ley en el beneficio de orden, que el acreedor obtenga sentencia condenatoria en contra del deudor, y que con fundamento en la misma demande al fiador, pues es materia del beneficio de excusión

no sólo aquella exigencia previa, sino además, que se ejecute la sentencia dictada contra el deudor, y no existan bienes suficientes para el pago. Hasta entonces, podrá el acreedor demandar al fiador, es decir, compelerlo judicialmente a pagar; pero si se renuncia el beneficio de excusión, y no el de orden, el acreedor podrá demandar al fiador, sólo después de haber exigido judicialmente el pago al deudor, y éste no lo hiciere.

El beneficio de orden puede renunciarse, caso en el cual puede demandarse al mismo tiempo al deudor principal y al fiador, o incluso, puede demandarse primero a este último. Estatuye el artículo 2822 que: "Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; mas éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos".

De esta suerte, si sólo se renuncia al beneficio de orden y se demanda primero al fiador, como éste tiene el beneficio de excusión, no puede ser ejecutado en sus bienes sin que previamente se embarguen los del deudor. Consecuencia de lo anterior es la de que, en dicha hipótesis, el acreedor deba demandar al mismo tiempo al deudor y al fiador, para así poder hacer excusión en los bienes del primero, y sólo que éste no tuviese los suficientes para pagar, podrá ejecutar en bienes del fiador.

En el caso de que se renuncie el beneficio de orden y el acreedor sólo demande al fiador, éste debe, conforme al artículo 2823, denunciar el pleito al deudor, para que éste oponga todas las excepciones inherentes a la obligación, incluyendo las personales de él, rinda pruebas y esté a las resultas del juicio; o bien, para que si no sale al mismo, en defensa de sus derechos, le perjudique la sentencia que se pronuncie en contra del fiador.

La *litis denuntiatio* a que se refiere el artículo 2823 es de gran utilidad para el fiador, pues de esa manera se libera ya de la obligación que tiene de oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, ya que para ese efecto llama al deudor. En ocasiones, el fiador no está en aptitud de saber cuáles son esas defensas inherentes a la obligación principal, y para no incurrir después en el peligro de que el deudor le oponga esas excepciones, cuando repita contra él, lo más práctico será que lo llame a juicio. Además, el fiador no puede oponer las excepciones personales del deudor, y por esto está obligado a llamarlo a juicio, de tal manera que no sólo es un derecho, sino también una obligación. Sólo cuando por motivo fundado no pueda hacerle saber el juicio, el deudor no podrá oponerle las excepciones personales que tuviere y las

que sean inherentes a la obligación, a no ser que teniendo conocimiento de éstas el fiador, no las hubiese opuesto.

En relación con este problema estatuye el artículo 2834: "Si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas". También el artículo 2832 dispone que: "Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago". Este precepto entraña la obligación en el fiador no sólo de notificar el pago, sino de denunciar el juicio, pues de lo contrario, en caso de pleito, cuando por haberse renunciado el beneficio de orden, primero se demande al fiador, se daría el caso de que, si éste no tuviere la obligación de denunciar el pleito, aun cuando opusiera todas las excepciones inherentes a la obligación principal, no podría oponer las excepciones personales del deudor, y como no sería jurídico que éste se viera privado de tales defensas, lógicamente las opondría al ser demandado por el fiador, de donde se desprende, como conclusión de todo lo expuesto, que no sólo desde el punto de vista práctico es útil llamar a juicio al deudor, sino también, constituye un deber del fiador para no sufrir después las excepciones personales del deudor y las inherentes a la deuda, que por desconocimiento no hubiere hecho valer.

9.—*Beneficio de excusión.*—Por el beneficio de excusión, el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en bienes del deudor principal y sólo que éste sea insolvente, de tal suerte que la obligación no pueda cumplirse en todo o en parte, podrá ejecutar al fiador por la totalidad de la obligación en el primer caso, o por el saldo insoluto en el segundo.

El artículo 2815 define la excusión en los siguientes términos: "La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto". Conforme al artículo 2814: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes".

"Como el fiador no está obligado a pagar sino cuando no paga el deudor principal, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador sin haber hecho previa excusión en los bienes del deudor, a no ser que hubiere habido asunción de fianza solidaria o hubiere renunciado el fiador el beneficio de excusión (Art. 1907). No se puede afirmar, sin embargo, que si no hace previa excusión contra el deudor principal, carece el

acreedor de acción contra el fiador; a éste concede la ley una defensa, el llamado beneficium excussionis; esta defensa debe ser opuesta por el fiador al iniciarse el procedimiento (Art. 1908) indicando al acreedor los bienes del deudor y anticipando los gastos de la ejecución (Art. 1909)". (Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, v. II, p. 611).

El beneficio de excusión puede renunciarse, así como el de orden, en cuyo caso no aprovechará al fiador. Además, existen otras causas por virtud de las cuales el beneficio de excusión no tiene lugar: todas ellas suponen un principio general consistente en que haya una imposibilidad ejemplo, cuando es insolvente, ha sido declarado en concurso, se ausenta de la República, no tenga bienes en el lugar del juicio y se ignore su paradero, de tal suerte que llamado por edictos no comparezca, o cuando la fianza se haya otorgado para negocio propio del fiador.

El artículo 2816 estatuye al respecto lo siguiente: "La excusión no tendrá lugar: I.—Cuando el fiador renunció expresamente a ella. II.—En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor. III.—Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República. IV.—Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador. V.—Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación".

Para que aproveche al fiador el beneficio de excusión, se deben llenar por éste determinados requisitos. Es decir, no basta la simple disposición legal que lo estatuye, sino que debe invocarlo el fiador por vía de excepción al ser demandado, o alegarlo al ser requerido de pago. Además, debe señalar bienes suficientes del deudor para que el acreedor pueda ejecutar; y asegurar en forma eficaz los gastos de la excusión.

Los bienes señalados para que el acreedor haga la excusión deben encontrarse dentro del distrito judicial en que proceda hacer el pago.

Puede ocurrir que el deudor oculte sus bienes para evitar la excusión, o que los adquiera después del requerimiento del pago, en estos casos el fiador está facultado para hacer la excusión una vez que descubra o tenga conocimiento de esos bienes, no obstante que al ser requerido no la hubiere solicitado.

10.—*Efectos de la cosa juzgada respecto a la obligación principal en relación con el fiador.*—En los casos en que se demande exclusivamente al deudor, puede ocurrir que éste no alegue las excepciones inherentes a la deuda, y que por tanto, sea condenado al pago de la misma.

En el supuesto de que existan excepciones, debe reconocerse al fiador el derecho de oponerlas al ser demandado posteriormente, pues la

cosa juzgada en cuanto al deudor no debe perjudicarle, ya que de aceptar lo contrario quedaría expuesto a la negligencia, omisiones o mala fe del deudor. Conforme al artículo 2813 ya hemos indicado que aun en los casos en que el obligado principal renunciare a cualquier causa de liberación, de rescisión o nulidad, el fiador puede hacer valer esas excepciones.

De esta suerte, si la ley admite que la citada renuncia no puede perjudicar al deudor, es también evidente que la cosa juzgada en cuanto a la deuda principal, sin haber oído al citado fiador, tampoco puede perjudicarle.

Aceptar lo contrario sería violarle al fiador la garantía constitucional de audiencia reconocida por el artículo 14 de nuestra ley fundamental, ya que sin previo juicio, se le privaría del derecho de defensa que tiene para oponer las excepciones inherentes a la obligación, no obstante que en el juicio seguido en contra del deudor, se hubiese fallado respecto de la exigibilidad y validez de la deuda.

De acuerdo con lo expuesto, sería conveniente reconocer expresamente en nuestro Código Civil la facultad del fiador para intervenir en el juicio que el acreedor le siga al deudor, disponiendo que si interviene en el mismo, la sentencia dictada tendrá también el valor de cosa juzgada respecto del fiador; pero si no llega a intervenir, debe estatuirse que no le parará perjuicio.

11.—*Relaciones entre el deudor y el fiador.—Cuestiones que comprenden.*—Las relaciones jurídicas entre el fiador y el deudor, comprenden dos cuestiones fundamentales: a).—Derechos del fiador para ser reembolsado y ejecutar al deudor por virtud del pago hecho; b).—Derechos del fiador para que se le releve de la fianza.

12.—*Derecho al reembolso de lo pagado.*—Por lo que mira a los derechos del fiador para ser reembolsado por el deudor cuando ha ejecutado un pago por éste, caben dos procedimientos: el de la subrogación y el del juicio ejecutivo que puede seguir el primero en contra del segundo.

13.—*Subrogación.*—Estatuye el artículo 2830 que el fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Conforme a las reglas generales de la subrogación, puede decirse que ésta en realidad opera por ministerio de la ley, cuando el que paga una obligación de la que no es deudor, tiene no obstante interés jurídico en el cumplimiento de la misma.

El fiador tiene indiscutiblemente interés jurídico en cumplir la obligación principal, pues de lo contrario puede verse expuesto a un juicio y sufrir las consecuencias perjudiciales en su reputación y bienes, que son inherentes a toda clase de pleitos.

Sin embargo, el fiador no es libre para pagar por el solo temor de verse envuelto en un litigio, o por el deseo de evitarse las molestias inherentes al mismo, toda vez que hemos indicado ya, que está obligado a notificar al deudor que va a hacer el pago, a efecto de que pueda éste oponerse si tiene excepciones para ello, manifieste su conformidad, o simplemente no se oponga o no alegue tener excepciones. En el caso de que el fiador haga el pago, sin ponerlo en conocimiento del deudor, se expone a que éste después le oponga todas las excepciones que pudo haber opuesto al acreedor al tiempo de hacer el pago, inclusive las que le sean personales. Ello no implica que el fiador no quede subrogado en los derechos del acreedor, pues justamente uno de los efectos de la subrogación consistirá en que sufra todas las excepciones que el mismo acreedor hubiese sufrido.

Si el fiador notifica al deudor que va a proceder a hacer el pago, y éste expresa su conformidad, o simplemente no se opone, comunicándole las excepciones que tenga, debe estimarse, por una interpretación a contrario sensu del artículo 2832, que posteriormente al subrogarse el fiador por virtud del pago, no podrá oponerle ya el deudor excepción alguna, supuesto que para ese fin se le hizo saber previamente que se iba a pagar la deuda, dejando pasar la única oportunidad que tuvo para notificar a su vez al fiador las excepciones que en su concepto existieren, y que podrían justificar la suspensión del pago.

En los casos en que el deudor se oponga al notificarle el fiador que va a pagar, este último también se subroga en los derechos del acreedor, corriendo el riesgo de que si la oposición fuese fundada, no obtendrá el reembolso de lo que hubiere pagado.

Conforme al artículo 2829: "El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste: I.—De la deuda principal. II.—De los intereses respectivos, desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor. III.—De los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago. IV.—De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor".

14.—*Procedimiento ejecutivo.*—Además de la subrogación que hemos estudiado, existe un segundo procedimiento para que el fiador sea reembolsado en los casos en que hubiese pagado por el deudor. Consiste

éste en proceder ejecutivamente en su contra, si es que ejecutó el pago en virtud de sentencia. La copia certificada de la misma, unida a la constancia auténtica relativa al pago (generalmente la consignación de la suma respectiva ante el juez, o el pago hecho al ejecutar el fallo), constituyen títulos ejecutivos, para exigir por esa vía al deudor el reembolso de la suerte principal y accesorios legales a que nos hemos referido. En este juicio ejecutivo, el deudor puede oponer al fiador las excepciones inherentes a la obligación principal y las que le sean personales, si no fue llamado a juicio por el fiador, o si éste descuidó oponer esas excepciones, o no dio noticia previa del pago al deudor.

Cuando el fiador ha pagado por virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber dicho pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubiesen sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas. (Art. 2834).

Si el fiador hubiese celebrado una transacción con el acreedor no podrá exigir al obligado principal sino lo que en realidad hubiere pagado. En este caso, no existe una subrogación en los derechos del acreedor. A este respecto, conviene decir que la transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica, y la celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al fiador o deudor.

En los casos en que el fiador pague sin haber sido condenado, aun cuando se subroga en los derechos del acreedor, quedando sujeto a las excepciones correspondientes, no podrá proceder en juicio ejecutivo para exigir el reembolso. El simple pago que lleve a cabo el fiador no prejuzga respecto a la obligación definitiva del deudor, pues éste tiene las excepciones que ya hemos indicado. En los casos en que el fiador paga por virtud de un fallo judicial, si no llamó a juicio al deudor y descuidó oponer las excepciones inherentes a la obligación principal, el deudor podrá oponer tanto esas excepciones como las que le sean personales. Sólo en los casos en que por motivo fundado, el fiador no haya podido llamar a juicio al deudor si éste se ausentare de la República), o notificarle el pago, de tal suerte que no le sea imputable ese hecho, el deudor sólo podrá oponer al fiador las excepciones que siendo conocidas por éste, no hizo valer.

15.—*Relaciones jurídicas entre los fiadores.—Beneficio de división.*— El beneficio de división será oponible al acreedor sólo en el caso de que existan varios fiadores siempre y cuando haya un pacto expreso en el sentido de que aquél reclamará, en el caso de incumplimiento del

deudor, la parte proporcional que corresponda a cada fiador, la cual puede ser igual o diferente, según se haya convenido. En este sentido se expresa el artículo 2827 al prevenir que el beneficio de división sólo funciona respecto del acreedor, existiendo convenio expreso al respecto, y que de no haber mediado éste, cada uno de los fiadores responderá por la totalidad de la deuda, pero en el caso de que uno de ellos sea demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio. Por esto estatuye el artículo 2837, que cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la hubiere pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Sólo que alguno de ellos resultare insolvente, dicha parte recaerá sobre todos los demás fiadores en la misma proporción. Todo lo anterior supone que el fiador que pagó la totalidad de la deuda lo haya hecho en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

De lo anterior resulta que el beneficio de división sólo funciona respecto de los fiadores entre sí, para que posteriormente al pago, se dividan la responsabilidad y paguen al fiador que solventó totalmente la deuda, la parte proporcional correspondiente.

Entre el acreedor y los fiadores, no funciona de pleno derecho el beneficio de división, como sí ocurre para los beneficios de orden y excusión, que sin necesidad de pacto expreso protegen al fiador. Se requiere, por consiguiente, pacto entre el acreedor y los fiadores para el efecto de que cada uno de ellos sólo responda en una determinada proporción de la deuda, que puede ser igual o diferente a las de los demás. La facultad que reconoce el artículo 2827 para que el fiador demandado llame a juicio a los demás a fin de que se defiendan conjuntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio, no opera una división de la deuda y, consiguientemente, de la responsabilidad de los fiadores frente al acreedor, de tal manera que el juez tuviese que fallar decretando la división de la deuda. El efecto de estar a las resultas del juicio sólo se estatuye para que una vez que haya hecho el pago el fiador demandado, pueda exigir a los demás fiadores el reembolso a prorrata de la parte que les corresponda. Asimismo, cuando el fiador demandado ha llamado a juicio a los demás, éstos no podrán oponerle, cuando les exija el reembolso proporcional, las excepciones que el deudor hubiere podido oponer al acreedor. En caso contrario, conforme al artículo 2838, dichos fiadores sí podrán oponer esas excepciones inherentes a la obligación principal, exceptuando las personales del deudor y las del fiador que hizo el pago.

En conclusión, el beneficio de división sólo surte efectos entre los fiadores y no perjudica al acreedor, salvo pacto en contrario expresamente consentido por éste.

Según el art. 2839: "El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores: I.—Cuando se renuncia expresamente. II.—Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor. III.—Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 2837. IV.—En el caso de la fracción IV del artículo 2816. V.—Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo 2816".

16.—*Invocación del beneficio de división.*—El artículo 2840 estatuye que: "El fiador que pide el beneficio de división, sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aun por esta misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame".

El objeto de invocar el beneficio de división es el de que, en los casos de peligro de insolvencia futura de alguno o de algunos de los fiadores, el que lo pida no se vea expuesto a tener que sufrir después un aumento en su responsabilidad, por el hecho de que sobrevengan casos de insolvencia de algunos cofiadores.

La invocación del beneficio, por consiguiente, constituye una defensa del cofiador que desde luego se allana a pagar su parte en la deuda, contra el fiador moroso que haya pagado, pero que no reclame inmediatamente a los demás el pago de sus respectivas partes proporcionales, pues puede ocurrir que en el momento del pago, todos los fiadores sean solventes y, por tanto, de exigirles su parte proporcional, la deuda se dividiría en fracciones iguales entre todos ellos. Ahora bien, si el fiador que pagó, por morosidad no exige el reembolso inmediato, puede también acontecer que cuando lo haga, ya alguno o algunos de los fiadores sean insolventes, caso en el cual aumentaría la responsabilidad de los demás, por gravar la parte de los insolventes a todos ellos. Para evitar esta posible consecuencia perjudicial, cualesquiera de los fiadores puede invocar el beneficio y por esto el artículo 2840 estatuye que en ese caso sólo responderá proporcionalmente por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aun por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame.

Esta última parte del precepto da lugar a lo que podríamos denominar "beneficio de división por voluntad del acreedor". En efecto, hemos indicado que en cuanto al acreedor no opera o perjudica el citado beneficio, a no ser que se pacte expresamente entre él y los fiadores; pero puede suceder, que aun cuando no haya tal pacto, el acreedor voluntariamente aplique el beneficio, procediendo de hecho a la división de la deuda al hacer el cobro a prorrata, sin que alguno de los fiadores lo reclame.

17.—*Subrogación legal.*—De todo lo que hemos expuesto, se deduce que así como el fiador que paga, se subroga en todos los derechos del acreedor contra el deudor, de la misma manera, el cofiador que solventa la deuda, se subroga en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra los cofiadores, pero esta subrogación sólo es para el efecto de que pueda cobrar a los mismos la parte proporcional correspondiente, según las reglas que hemos indicado en las diversas hipótesis que pueden presentarse, consistentes: a) En la solvencia de todos ellos, caso en el cual la deuda se reparte entre los mismos; b) En la insolvencia de alguno o de algunos de los fiadores, que agravará las partes de los demás; c) En los casos en que no pueda operar el beneficio de división a que alude el artículo 2839, y d) En la invocación del beneficio por algún cofiador, para los efectos ya explicados y que estatuye el artículo 2840.

Puede ocurrir que un fiador pague más de la parte que le corresponda en la división de la deuda. En este caso es de equidad y justicia que se subrogue por el exceso en los derechos del acreedor, contra los cofiadores, como dice el artículo 2172 del anteproyecto Bibiloni, o expresado en otro giro, quizá más correctamente, procede que en dicha hipótesis el fiador que pagó con exceso exija a los demás fiadores la parte proporcional relativa a dicho exceso, no por virtud de una subrogación en los derechos del acreedor, sino por la acción de enriquecimiento sin causa. Estimamos que en el caso, la obligación de los demás fiadores se explica por el citado principio, pues de lo contrario éstos se enriquecerían a costa del que hubiese pagado más de la parte a que legalmente estaba obligado. Propiamente no puede haber ya una subrogación en los derechos del acreedor pues ésta se verifica directamente en favor del fiador que paga la totalidad de la prestación, para después exigir sus respectivas porciones a los cofiadores, pero en la hipótesis que se analiza, se operó ya dicha subrogación y posteriormente, por un error en la división de la deuda, por la creencia falsa de que algún fiador era insolvente, se había ausentado de la República, o por alguna

otra causa, se hace una división incorrecta de las porciones, y a consecuencia de la misma, uno de los fiadores paga más de lo que legalmente le correspondía. Ante esta situación, ya agotada la subrogación que se operó en beneficio del que primero hizo el pago, sólo procede que a través de la actio in rem verso, se exija por el perjudicado la parte relativa al exceso de pago, dividiéndola proporcionalmente entre los demás fiadores, que habían experimentado un enriquecimiento sin causa o ilegítimo.

CAPITULO IV

Extinción de la Fianza

1.—*Principio fundamental.*—Ya en el curso de este estudio hemos repetido y aplicado el principio conforme al cual toda causa de extinción de la obligación principal, origina necesariamente la extinción de la fianza.

También estimamos haber demostrado en el capítulo primero que la excepción aparente ocurrida en el caso de novación de la deuda principal, no implica la supervivencia de la fianza, pues se requiere pacto expreso entre el acreedor y el fiador, para que la garantía pase a la nueva obligación, y como demostración evidente de que es una nueva fianza la que se constituye por ese acuerdo expreso, tenemos el hecho indiscutible de que si la nueva deuda es inferior a la primitiva, la fianza por ministerio de la ley se reduce hasta el límite de esa segunda obligación, conforme al artículo 2799, que de plano decreta tal reducción, y en caso de duda considera que siempre el fiador se obligó por un tanto igual al de la deuda.

También la fianza se extingue por vía directa y no simplemente por vía de consecuencia, cuando exista alguna causa que sólo implique la terminación exclusiva del contrato de fianza quedando subsistente la obligación principal. En estos casos procederán las excepciones que puede oponer el fiador y que sean propias de la fianza.

Puede darse el caso de que al propio tiempo se extinga la obligación principal y la fianza por causas que independientemente originen respecto a ambas obligaciones ese efecto, por ejemplo, cuando tanto deudor como fiador son incapaces, fueron víctimas de error, dolo, violencia, o bien, no se observaron las formalidades legales, exista ilicitud en ambos contratos, etc., pero en este caso no tiene ya interés analizar

las causas de extinción de la fianza, ya que ésta en primer término habrá de concluir, por la extinción de la deuda principal.

2.—*Caso especial de extinción.*—Con el objeto de no incurrir en repeticiones, supuesto que ya hemos estudiado cada uno de los casos de extinción de la fianza, al tratar de las excepciones inherentes a la misma y a la obligación principal, sólo mencionaremos como caso especial el que ocurre cuando por un hecho imputable al acreedor "culpa o negligencia", no puedan subrogarse en sus derechos, privilegios o hipotecas al fiador o fiadores, al hacer el pago. El artículo 2845 estatuye: "Los fiadores aun cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor".

3.—*Caducidad de la fianza.*—Ya en el primer capítulo indicamos que además de los casos de extinción de la fianza que comprendía el Código anterior, el vigente, siguiendo al Código suizo en los artículos 502 y 503, de este último, admite una forma de caducidad de la fianza, que frecuentemente se presenta en la práctica.

Al efecto el artículo 2848 se refiere a las fianzas por plazo determinado, para decretar su caducidad, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, o cuando sin causa justificada deje de promover por más de tres meses en el juicio entablado contra el deudor.

El artículo 2849 se refiere a la fianza otorgada por tiempo indeterminado, facultando al fiador para interpelar al acreedor cuando la deuda se haga exigible, a fin de que promueva judicialmente, exigiendo su cumplimiento dentro del plazo de un mes. En el caso de que el acreedor no lo haga, o si entablando el juicio dejare de promover sin causa justificada por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación.

Jurisprudencia Definida hasta la fecha

Fianzas. Término prescriptorio de las acciones derivadas de las.—No puede admitirse que la acción ejercitada por una compañía afianzadora en contra del tercero obligado solidariamente con el fiado prescriba en el término de diez años que establece el artículo 1047 del Código de Comercio, sino en el plazo que fija el artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en virtud de que al asentar este precepto, tal como aparecía hasta el treinta y uno de diciembre de mil

novecientos setenta y siete, que "las acciones que se deriven de la fianza prescribirán en dos años", instituye una regla general sin distinciones que autoricen el trato inequitativo de que sólo se beneficien con este plazo menor las afianzadoras al mismo tiempo que evita la aplicación supletoria del mencionado precepto del Código de Comercio.

Amparo directo 1161/76.—Angel Swain García.—31 de julio de 1979. Unanimidad de votos.—Ponente: Juan Díaz Romero.—Secretario: Julio Humberto Hernández Fonseca.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 14. Pág. 161.

Fianza. Obligación de otorgarla en el arrendamiento.—Si en una cláusula del contrato de arrendamiento se establece que el inquilino se compromete a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, mediante el otorgamiento de fianza, a satisfacción de la parte arrendadora, sin que en el propio contrato se precise cuándo debe otorgar la garantía pertinente, resulta necesario que, para que el arrendatario incurra en mora, con la consecuente rescisión del contrato, el arrendador lo requiera previamente al ejercicio de tal acción, en los términos del último párrafo del artículo 2080 del Código Civil, por tratarse de una obligación, cuyo cumplimiento no es de plazo determinado.

Amparo directo 988/80.—Metro Tacubaya, S. A.—30 de julio de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Martín Antonio Ríos.

Informe 1980. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Núm. 6. Pág. 163.

TITULO IX

LA HIPOTECA

CAPITULO I

DEFINICIÓN Y CARACTERIZACIÓN

1.—*Innovaciones de importancia en el Código Civil vigente.*—En México, por las innovaciones de importancia que introdujo el Código Civil vigente, al no requerir necesariamente que la hipoteca se constituya sólo sobre bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre bienes raíces, el estudio de esta materia adquiere un carácter especial, diferenciándose del sistema español que le había servido de modelo, así como de las características que en este aspecto señalan otros derechos europeos, tales como el alemán, el suizo, el francés y el italiano.

También el Código vigente amerita un estudio especial, por lo que ve al carácter divisible de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues esta nota viene a desconocer la característica tradicional de indivisibilidad reconocida para dicho gravamen, tanto en cuanto al crédito mismo, como con respecto a los bienes gravados.

El desarrollo sorprendente que en nuestro medio han tenido las instituciones de crédito hipotecario, así como los títulos de crédito denominados, "cédulas hipotecarias", justifica plenamente también la necesidad de un estudio especializado sobre los problemas difíciles e interesantes que se suscitan relativamente a este punto.

Asimismo, considerando que el Código Civil en vigor reconoce la posibilidad de otorgar documentos civiles a la orden o al portador, cuya fuente es la declaración unilateral de voluntad del emitente, y que el propio Código acepta en el artículo 2926 que se constituyan hipotecas para garantizar obligaciones nacidas de esos títulos, refiriéndose indiscutiblemente a esa clase de documentos civiles, nos ofrece

la oportunidad de poder fundar jurídicamente la existencia y validez, en México, de esa clase de hipotecas, a fin de que no sólo se emitan cédulas hipotecarias con la intervención de las instituciones de crédito legalmente autorizadas al efecto, sino también que los particulares puedan emitir documentos civiles a la orden y al portador, con garantía hipotecaria, tanto por las ventajas que este sistema entraña como medio rápido y fácil en la constitución de las hipotecas (previo el registro correspondiente, para que puedan surtir efectos respecto a tercero), como por lo que ve a su forma sencilla de trasmisión mediante el endoso del documento civil a la orden, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro, o por la simple entrega del documento civil al portador, sin ningún otro requisito, tal como lo dice textualmente el artículo 2926 del Código Civil, que debe relacionarse con los artículos 1873 a 1881 del propio ordenamiento, y cuya vigencia consideramos subsistente a pesar de las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por las razones que sobre el particular hemos expuesto en el tomo tercero, páginas 218 a 222 de este Compendio, al tratar de los documentos civiles a la orden y al portador, como una de las formas reconocidas por el Código en vigor para poder constituir obligaciones por declaración unilateral de voluntad.

Las innovaciones que también introdujo el Código vigente en cuanto a la posibilidad de poder constituir hipotecas sobre derechos reales en general (a diferencia del sistema tradicional español que seguimos en nuestros Códigos de 1870 y de 1884, al requerir que el gravamen recaiga sobre derechos reales constituidos sobre bienes, raíces), constituyen otro capítulo importante que debe ser objeto de un estudio especial en el derecho hipotecario mexicano, a fin de conciliar la amplitud del texto legal en vigor (que establece la posibilidad de hipotecar los derechos reales en general), con las características fundamentales de la hipoteca en cuanto a derecho real accesorio o de garantía, cuyos principales efectos son conceder los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal. En la presente obra se hace un ensayo para buscar la solución a ese problema, y se estudian las diferentes hipotecas que puedan constituirse sobre derechos reales.

Por último el estudio de la llamada "hipoteca de propietario" en el derecho alemán, merece especial meditación en nuestro sistema, y al efecto también hemos analizado los casos que en nuestro concepto pueden existir como ejemplos de hipotecas de propietario en nuestro derecho.

En relación con este tema, también se presenta la cuestión relativa a la posibilidad de que la hipoteca se constituya como derecho autónomo, en oposición al carácter accesorio que tradicionalmente se ha reconocido en el sistema español, en el francés y en el nuestro, tanto anterior como vigente, y a diferencia del derecho alemán que reconoce la autonomía de la hipoteca. También sobre esta materia haremos algunas indicaciones en el texto.

2.—*Derecho romano.*—La hipoteca es una institución jurídica que nos viene desde el derecho griego en donde toma su nombre, aun cuando algunos autores opinan que es una institución de origen judío.

En el derecho griego la hipoteca significaba la prenda de un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación y tenía por consiguiente la desventaja de que desposeía al deudor de la finca, motivo por el cual los romanos la perfeccionaron al darle el carácter de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Esta evolución que se opera del derecho griego, al romano, para permitir en este último que el deudor conserve el bien hipotecado y no obstante ello constituya una plena garantía real, fue el paso fundamental para permitir que la hipoteca se convirtiera en el medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que el recurso económico más ventajoso para que un deudor pudiese seguir explotando el bien objeto de la garantía.

En el derecho griego la hipoteca tenía, por consiguiente, características semejantes a la anticresis. En ésta, el deudor entrega a su acreedor una finca para la garantía de su deuda, facultando al mismo para disfrutarla por cuenta de los intereses debidos y del capital, o sólo del capital, si no se pactan intereses.

La evolución que se operó en el derecho romano respecto a la hipoteca, no trajo consigo la desaparición de la anticresis, que se mantuvo sobre todo para aquellos casos en que el acreedor, por estar destinada la finca objeto de la misma a la agricultura, deseaba retener la garantía en su poder, explotar la cosa y amortizar réditos y capital, con sus frutos. Por esto se conservó la anticresis como una institución diversa de la hipoteca y así la encontramos reglamentada todavía en nuestros Códigos de 1870 y de 1884.

Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, traduc. de Blas Pérez González y José Alguer, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1944 t. III, v. I, págs. 166 a 168.

Eugéne Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, traduc. de Manuel Rodríguez Carrasco, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1940 págs. 255 a 258.

En el derecho romano la hipoteca se caracterizó como derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles, para garantizar una obligación principal, sin desposeer al deudor de la cosa gravada, concediendo además un derecho de persecución, venta y preferencia en el pago. Es característica de este derecho la naturaleza accesoria de la hipoteca, pues para los romanos, conforme a su sistema jurídico en cuanto a las obligaciones, todo gira alrededor del deudor y de la obligación principal.

El principio moderno de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, para determinar su importe y en cuanto a los bienes objeto de la garantía, a efecto de que ésta recaiga sobre cosas individualmente determinadas, no fue reconocido por los romanos que aceptaron las hipotecas tácitas y generales. La hipoteca general abarcaba todo el patrimonio del deudor. Admitieron las hipotecas legales constituidas independientemente de la voluntad del dueño de la cosa, por un simple mandato legislativo.

3.—*Definición de la hipoteca.*—La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación.

Manuel Borja Soriano, La Hipoteca, Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia, t. IV, No. 1, México, octubre de 1926, págs. 34 y 35.

Héctor Lafaille, Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1945, t. V, v. III, págs. 64 y 65.

4.—*Análisis de los elementos de la definición propuesta.*—Estudiaremos sucesivamente los distintos elementos que se desprenden del concepto que hemos dado:

a) Es más correcto decir que la hipoteca es un derecho real, pues no tenemos por qué emplear un nuevo término como dice el Código vigente al definir la hipoteca como una garantía real. Esta es una consecuencia del derecho real constituido sobre la cosa, y por tanto, si queremos abarcar en este primer elemento toda una serie de consecuencias jurídicas, es más jurídico hablar de derecho real, bastando con mencionar esta característica, para que se entienda que por ser además acce-

sorio o de garantía, respecto de una obligación principal, otorgará a su titular los derechos de venta, persecución y preferencia en el pago.

José María González Ordeñez, Apuntes de Derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, págs. 346 y 247.

Ramón M. Roca Sastre, Derecho Hipotecario, Editorial Bosch, Barcelona, 1948, t. IV, págs. 15 a 20.

b) La hipoteca se constituye sobre bienes determinados y enajenables. Hasta el Código de 1870, las hipotecas podían recaer sobre el patrimonio inmueble de una persona: eran verdaderas hipotecas generales. Dicha generalidad se refería no sólo a los bienes gravados, en cuanto que éstos no se determinaban, sino que también al crédito o créditos garantizados, debido a que no se exigía como requisito esencial la determinación en el monto de la obligación garantizada.

La hipoteca moderna se caracteriza por el principio de la especialidad, tanto por lo que se refiere a que los bienes objeto del gravamen sean determinados, como por lo que atañe a precisar el monto de la obligación garantizada.

Conforme al artículo 1942 del Código de 1870: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados". Esta disposición vino a derogar el sistema que desde el derecho romano y a través del antiguo derecho español se había reconocido en México, para las hipotecas tácitas y generales.

El artículo 1825 del Código de 1884, declaró: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos". Además, el artículo 1857 agregó: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para subsistir necesita siempre de registro, y se contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria; en el segundo necesaria".

El Código en vigor reproduce el artículo 1942 del Código de 1870, al declarar en su artículo 2895 que: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados". Introduce además una modificación respecto al artículo 1857 del Código anterior, cuya importancia después señalaremos, estatuyendo en el artículo 2919 que: "La hipoteca nunca es tácita ni general, *para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro...*"

Además de la determinación de los bienes, la hipoteca sólo puede recaer sobre cosas o derechos enaienables. Este elemento se descuida

generalmente en las definiciones tanto las que nos proporcionan los códigos, como la doctrina. El artículo 2906 del Código vigente dice: "Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados".

Como el fin de la hipoteca es el de poder exigir la venta de los bienes grabados, en el caso de incumplimiento de la obligación principal, no se podría alcanzar ese efecto si los bienes fuesen inalienables. Por la misma razón los bienes deben estar en el comercio, pues existiría una imposibilidad jurídica en caso contrario, confirmándose en este aspecto el principio general de que la cosa objeto de un contrato debe existir en la naturaleza, estar en el comercio y ser determinada o determinable (para la hipoteca debe ser determinada). Ademas no basta que la cosa esté en el comercio, sino que debe ser enajenable, porque existen bienes en el comercio, como son los que constituyen el patrimonio familiar, los ejidos, que no obstante, son inalienables.

c) Carácter accesorio de la hipoteca, por constituirse para garantizar una obligación principal. Por virtud de este elemento, se precisa una de las características fundamentales de la hipoteca en nuestro derecho, del que derivan consecuencias de importancia, en el sentido de que la hipoteca como accesoria corre la suerte de la obligación principal.

Aplicando rigurosamente este principio, la hipoteca debe seguir todas las vicisitudes y modalidades de la obligación principal, en cuanto a su existencia, validez, nulidad, trasmisión, duración y extinción. Asimismo los términos y condiciones que afecten la obligación principal, efectuarán a la hipoteca.

José María González Ordóñez, Apuntes de Derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, pág. 247 y 248.

Sin embargo, las consecuencias que lógicamente podemos derivar del principio ya expuesto, no son respetadas en su integridad por el derecho positivo. Razones de orden práctico permiten flexionar los principios lógicos, separando la hipoteca de la obligación principal, en tres momentos distintos: antes de que nazca la obligación principal, durante su vida y al extinguirse.

De esta suerte, puede nacer la hipoteca, antes de la obligación principal, es decir, puede existir lo accesorio anticipándose a lo principal. También la hipoteca puede separarse del crédito, y puede sobrevivir al crédito.

d) En la hipoteca no se desposee del bien al constituyente de la misma. Ya hemos explicado que el adelanto de la hipoteca romana

con respecto a la griega se manifestó en esta ventaja primordial sobre los otros derechos reales de garantía, a efecto de que, sin perjudicar ésta, los bienes objeto del gravamen queden en poder del deudor o tercero constituyente, y el acreedor esté en la posibilidad jurídica de ejercitar sus acciones reales de persecución, venta y preferencia en el pago, para asegurar eficazmente este último en el caso de incumplimiento del deudor.

Borja Soriano, Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia, tomo IV, No. 1, México, 1926, pág. 35.

La no desposesión en la hipoteca tiene consecuencia de vital interés en el fomento del crédito en general y principalmente del crédito inmobiliario. El dueño de la cosa hipotecada, sigue poseyendo ésta, así como el conjunto de bienes a los cuales se extiende por incorporación, destino o pacto expreso. De esta suerte, el propietario puede explotar dichos bienes y obtener todos los beneficios inherentes, sin perjudicar la garantía que ha constituido, multiplicándose así idealmente los valores por ese mecanismo inteligente y sutil del crédito.

El peligro que ha existido respecto a los bienes muebles incorporados o afectados al destino del inmueble, cuando son separados por su dueño y adquiridos por terceros de buena fe, es decir, desconociendo que eran materia de la hipoteca, ha desaparecido por virtud de la disposición contenida en el artículo 751 del Código vigente, que resuelve una vieja cuestión discutida en el derecho europeo, y no solucionada por nuestros códigos de 1870 y 1884. En efecto, dicho precepto dice: "Los bienes muebles por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto en varias fracciones del artículo anterior (por incorporación o destino), recobrarán su calidad de muebles cuando el mismo dueño los separe del edificio; *salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquéllos, para constituir algún derecho real a favor de un tercero*".

De esta suerte dichos muebles inmovilizados responden en los casos de hipoteca, aun cuando el dueño lo separe del inmueble y pasen a poder de un tercero, desapareciendo así el peligro que podría existir por los citados actos de disposición.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, No. 1, págs. 106 a 108.

e) La hipoteca concede las acciones persecutorias, de venta y de preferencia en el pago. La acción persecutoria es propia de todo derecho real, la de venta es inherente sólo a los derechos reales de ga-

rantía, y en cuanto a la preferencia es necesario distinguir: preferencia en el pago y preferencia en cuanto al grado, calidad o fecha de constitución de los derechos. La preferencia en el pago es peculiar de los derechos reales de garantía, ya que supone que el valor de una cosa se destina a pagar un crédito u obligación principal. En cambio, la preferencia en cuanto al rango, grado o fecha de constitución, se presenta en los diversos derechos reales, tanto principales como accesorios.

El Código Civil reconoce el carácter persecutorio de la acción real hipotecaria en el artículo 2894: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero".

La acción de venta, propia de los derechos de garantía, consiste en la facultad de exigir la venta judicial o extrajudicial de la cosa.

José María González Ordóñez, Apuntes de Derecho Hipotecaro, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, pág. 347.

Enneccerus, Kipp y Wolff. ob. cit. t. III, v. I, págs. 182 y 183.

La preferencia en el pago es una característica enunciada en la misma definición de la hipoteca y así lo declara el artículo 2893 del Código Civil vigente.

Trataremos en su oportunidad sucesivamente de los derechos de persecución, venta y preferencia en el pago.

5.—*Definición de la hipoteca en los códigos.*— En los Códigos de 1870 y 1884, encontramos un concepto insuficiente de la hipoteca, omitiéndose como carácter esencial precisar que el constituyente de la misma no pierde la posesión del bien objeto de la garantía. Tampoco se indica en la definición que deben recaer sobre bienes determinados, enajenables, y que concede las acciones de persecución y venta. Sólo se hace alusión al carácter real de la hipoteca como derecho de garantía, así como a la acción de preferencia en el pago.

El artículo 1823 del Codigó de 1884, está concebido en los siguientes términos: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre los bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

El Código vigente, en su artículo 2893, siguiendo a Planiol nos da la siguiente definición: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

En el concepto anterior se precisa desde luego como característica fundamental la no desposesión del bien objeto del gravamen, indicándose además que la hipoteca es una garantía real, que otorga un derecho de preferencia en el pago, en el caso de venta por el incumplimiento de la obligación principal.

El artículo 104 de la vigente Ley Hipotecaria española, de 8 de febrero de 1946, dice que: "La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida". Redacción semejante tuvo el artículo 105 de la Ley Hipotecaria de 1915, al estatuir: "Las hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen cualquiera que sea su poseedor".

Este precepto más bien describe ciertas características de la hipoteca, considerando como fundamentales las relativas a la constitución de una garantía real a la cual quedan sujetos los bienes para la seguridad y cumplimiento de una obligación, con la acción persecutoria de la cosa para ejercitarla en contra de cualquier peseedor.

El artículo 2114 del Código Civil francés dice así: "La hipoteca es un derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es por naturaleza indivisible, y subsiste íntegramente sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos. Persigue a dichos inmuebles aun cuando pasen a manos de cualquiera persona".

En esta definición se mencionan como características de la hipoteca ser un derecho real, que recae sobre inmuebles, para garantizar una obligación, así como su carácter indivisible respecto a los bienes gravados, y el derecho o acción persecutoria de la cosa.

Comentando este artículo Baudry-Lacantinerie y P. de Loynes (Traité Theorique et Pratique de Droit Civil, T. X, París, 1896, pág. 1), nos dice que el artículo omite señalar una de las notas características de la hipoteca, consistente en el derecho que pertenece al acreedor hipotecario de hacerse pagar preferentemente, respecto de otros acreedores, sobre el precio del inmueble hipotecario, pudiendo desde luego hacerlo vender.

El artículo 1113 del Código Civil alemán define la hipoteca en los siguientes términos: "Es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor".

Llama especialmente la atención la terminología empleada por el citado precepto, al reconocer la facutad en el acreedor de obtener una determinada suma de dinero de la finca hipotecada, para pagarse así su crédito. Es decir, se regula el derecho de venta de la finca, para que el acreedor se haga un pago preferente con el producto obtenido. Asimismo se indica el carácter real de la garantía y la necesidad de que ésta se constituya sobre una finca o fincas determinadas. En la definición no se menciona la posibilidad de que el gravamen hipotecario recaiga sobre derechos reales constituidos sobre inmubles, como decía nuestro Código de 1884.

Nussbaum, al comentar el precepto aludido nos dice: "La palabra gravamen tiene en la terminología del Código sentido técnico, y alude siempre a un derecho real sobre cosa ajena, considerado en su aspecto pasivo. La hipoteca, por tanto, no engendra una simple relación personal entre acreedor y propietario sino que entraña un derecho absoluto, válido contra todo tercero y establecido directamente sobre la finca. Consecuencia de ello es que la suerte del derecho hipotecario no se subordina a la permanencia del dominio de la finca en la misma persona, ni desaparezca porque ésta queda sin dueño; el titular de la hipoteca tiene facultades para proceder contra cualquier tercero que se entrometa caprichosamente en el inmueble o aleje de él objetos vinculados a su garantía; y los actos de disposición del propietario que vayan en detrimento de la hipoteca, menoscabándola en beneficio de otro, no tienen validez para el hipotecarista, quien puede ostentar su derecho intacto directamente contra el tercero, sin necesidad de amparase tras el propietario". (Tratado de Derecho Hipotecario alemán, traduc. de W. Roces, Madrod, 1929, pág. 56).

En la definición de Planiol, encontramos las características que ha adoptado el artículo 2893 de nuestro Código vigente, y por lo tanto tiene interés transcribir el concepto que nos proporciona sobre la hipoteca:

"La hipoteca es una seguridad real que, sin desposeer actualmente al propietario de un bien hipotecado, permite al acreedor apoderarse de él al vencimiento de la obligación, para venderlo, no importa en poder de quien se encuentre, y mediante el precio, hacerse pagar con preferencia a otros acreedores". (Traité Elémentaire de Droit Civil, t. II, pág. 810).

CAPITULO II

BIENES QUE PUEDEN SER GRAVADOS POR LA HIPOTECA

1.—*Diferencias entre el Código anterior y el vigente.*—Sobre esta materia encontramos diferencias de importancia entre ambos Códigos. El vigente modifica los artículos del anterior en los que se decía que la hipoteca recaía exclusivamente sobre inmuebles, predios o derechos reales constituidos sobre los mismos, para decir solamente que la hipoteca se constituye sobre bienes determinados, pero sin exigir que sean inmuebles.

Conforme al Código anterior, los bienes susceptibles de hipoteca eran en general los predios y los derechos reales constituidos sobre los mismos.

El actual Código en vigor, al referirse a la hipoteca sobre derechos reales, no exige que éstos recaigan sobre bienes raíces o inmuebles en general.

Los artículos respectivos de ambos ordenamientos, dicen lo siguiente:

Artículo 1825 del Código de 1884: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos".

Artículo 2895 del Código vigente: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados":

Artículo 2903 del Código en vigor: "La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan...".

2.—*Bienes a los cuales se extiende la hipoteca.*—Conforme al artículo 2896 del Código en vigor, la hipoteca puede recaer sobre bienes corporales o cosas muebles e inmuebles, y se extiende además, aunque nada se exprese en el título constitutivo de la misma, a las accesiones, mejoras y muebles incorporados al inmueble gravado.

3.—*Accesiones.*—La hipoteca se extiende a las accesiones naturales del bien hipotecado. Sin necesidad de pacto expreso, por ministerio de la ley, comprende la hipoteca dichas accesiones y así lo dispone la fracción I del artículo 2896. El Código anterior habla simplemente de accesiones, no especificaba que fuesen naturales, limitándolas expresamente a las accesiones del inmueble o predio hipotecado;

en cambio, el vigente no se refiere a predio o inmueble y estatuye en general que la hipoteca se extiende a las acciones naturales del bien hipotecado. Decía la fracción III del artículo 1827 del Código anterior: "La hipoteca de *predios* sólo comprende: III.—Las accesiones y mejoras permanentes que tuviere el predio, y que aumenten la área y sus edificios y construcciones".

Borja Soriano, Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Jurisprudencia, Tomo IV, No. 1, 1926, pág. 46.

En el Código vigente, al emplearse la expresión "accesiones naturales", debemos entender exclusivamente los casos reglamentados por la ley para esta clase de accesiones, a diferencia de lo que regula en materia de accesión artificial o por hecho del hombre. Sin embargo, según el Código vigente la hipoteca también comprende formas de accesión artificial, al extenderse a los nuevos pisos o construcciones que se hicieren en la finca gravada.

No quedan comprendidas en la fracción I del artículo 2896 las formas de accesión artificial en materia de bienes inmuebles, consistentes en: la edificación, plantación y siembra; pero la hipoteca se extiende a los nuevos edificios, plantaciones y siembras, siempre y cuando estas dos últimas existan cuando se haga exigible el derecho del acreedor hipotecario, y fije la correspondiente cédula. En estos casos la hipoteca se extiende, aunque nada se exprese en el título constitutivo de la misma. Las fracciones II, III, y IV del artículo 2896 autorizan la conclusión anterior, en virtud de que las plantaciones y siembras hechas por el propietario, deben considerarse como mejoras de los bienes gravados, y generalmente como mejoras permanentes, de tal suerte que también se trata de incorporar bienes muebles a la finca, o de convertirlos en inmuebles, supuesto que las plantas y árboles tienen tal categoría, mientras estuvieren unidos a la tierra, así como los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas entretanto no sean separados por cosechas o cortes regulares. (Art. 750, frac. II).

En cuanto a los nuevos edificios, expresamente estatuye la fracción IV del artículo 2896 que: "La hipoteca se extiende aunque no se exprese: IV.—A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levanten sobre los edificios hipotecados".

Hasta aquí nos hemos referido a los casos de edificación, plantación o siembra, cuando es el mismo propietario del bien hipotecado el que edifica, planta o siembra; pero en materia de accesión, justa-

mente la hipótesis es la contraria, pudiendo presentarse los siguientes casos:

a) Se construye, planta o siembra en predio propio, con materiales, plantas o semillas ajenos.

b) Se construye, planta o siembra en predio ajeno con materiales, plantas o semillas propios.

c) Se edifica, planta o siembra en terreno ajeno y con elementos también ajenos.

Conforme a las reglas de la accesión artificial, en el primer caso el propietario del predio adquiere lo edificado, plantado o sembrado, según lo estatuye el artículo 897, pero tendrá la obligación de pagar su valor si ha procedido de mala fe.

Consideramos que la hipoteca sí puede extenderse a este caso de accesión artificial, pues aunque expresamente la ley se limita a las accesiones naturales de bien hipotecado, además admite que también la hipoteca se extienda a las mejoras, incorporación de muebles a la finca, o construcciones, que sean ejecutadas por el propietario de los bienes gravados, sin requerir que lo haga con bienes propios.

En cuanto al segundo caso de accesión artificial, es decir cuando se construye, planta o siembra en predio ajeno, con materiales, plantas o semillas propios, si dicho predio está hipotecado, se presenta el problema de saber, si el gravamen se extiende a lo edificado, plantado o sembrado. Conforme al artículo 900, el dueño del terreno hace suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización correspondiente, en el caso de que se hubiese procedido de buena fe; si se procedió de mala fe por el que edificó, plantó o sembró, no tendrá derecho a la citada indemnización.

Estimamos que cuando el dueño del predio, con fundamento en el artículo citado, haga suya la obra, la hipoteca se extenderá al mismo predio, ya que ambos bienes inmuebles quedarán indisolublemente unidos, perteneciendo al mismo constituyente del gravamen, y formando una unidad. En este caso existe la misma razón que tomó en cuenta la fracción IV del artículo 2896, para extender la hipoteca a los nuevos edificios y construcciones.

J. Morell y Terry, Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Editorial Reus, S. A., Madrid 1928, t. III, pág. 660.

Por último, cuando se edifica, planta o siembra en terreno ajeno, que es materia de la hipoteca, con materiales ajenos, el gravamen también debe extenderse a la edificación, plantación o siembra, conforme

al artículo 906, pues el dueño del predio sólo será responsable del valor de los materiales, plantas o semillas, si su dueño no procedió de mala fe, y es además insolvente el que construyó, plantó o sembró, siempre y cuando con ello se beneficie el predio. De lo contrario, el dueño del terreno, podrá adquirir la obra, sin indemnización alguna, dada la mala fe del constructor, o bien, podrá exigir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificador.

4.—*Mejoras.*—La hipoteca también se extiende aun cuando no se exprese a las mejoras de los bienes hipotecados. Dice la fracción II del artículo 2896: "La hipoteca se extiende aunque no se exprese: II.—A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados. El Código anterior decía: "A las accesiones y mejoras permanentes que tuviere el predio..." (Art. 1827, frac. III).

No existe problema alguno para determinar lo que debe entenderse por mejoras, las cuales se clasifican, como los gastos, en necesarias, útiles y voluntarias.

Las mejoras necesarias son aquellas sin las cuales la cosa se pierde o sufre daño (Art. 817); las útiles son aquellas, que sin ser necesarias aumentan el precio o producto de la cosa (Art. 818), y las voluntarias son las que sirven sólo el ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor (Art. 819).

La hipoteca se extiende a las tres clases de mejoras, pero los objetos muebles que se hayan empleado para las mejoras voluntarias, que no hayan sido incorporados a la cosa o que puedan separarse sin detrimento de la misma, no quedan incluidos en el gravamen hipotecario.

5.—*Muebles incorporados permanentemente a un inmueble.*—Se trata de bienes muebles por su naturaleza que se vuelven inmuebles por ligamen físico o adherencia permanente. El Código vigente contiene una modificación respecto del anterior, pues sólo habla de los muebles incorporados mientras que el de 1884 se refería a los muebles incorporados e inmovilizados por su destino.

Dice el artículo 2896 fracción III del Código en vigor: "La hipoteca se extiende aunque no se exprese: III.—A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos".

"¿Pueden hipotecarse los inmuebles por destino?

No son susceptibles de hipoteca principal, sino en tanto cuanto estén unidos al predio; están gravados por la hipoteca, en virtud de la regla según la cual

la hipoteca se extiende a los accesorios de la cosa. La misma solución debe darse tratándose de la medianería de las servidumbres que no pueden enajenarse separadamente en remate (subasta) y, por tanto, ser hipotecadas principalmente, pudiendo serlo a título de accesorios de la cosa." (G. Marty, Derecho Civil, Garantías Accesorias, traduc. de José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, pág. 130).

Se estatuye en el artículo 2898 que: "No se podrán hipotecar: II.—Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios..."

De lo expuesto resulta que en el Código vigente sólo quedan incluidos, sin necesidad de pacto expreso, en la hipoteca, los muebles incorporados; para los inmuebles por destino, se necesita pacto expreso. Respecto a esta última clase de bienes, el Código anterior hacía una enumeración casuística al decir que la hipoteca de predios comprendía los objetos a que se referían las fracciones III y VII del artículo 684. En el Código en vigor, de una manera general se dispone que los bienes necesarios para el servicio de alguna industria en la finca hipotecada, sólo quedarán sujetos al gravamen, si juntamente se hipotecan con el predio o edificio, de donde se desprende, que para los mismos se requiere pacto expreso.

6.—*Hipoteca sobre bienes incorporales.*—Esta se constituye sobre derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles; aunque es cierto que el Código vigente no la limita a los derechos reales sobre inmuebles, como es necesario el registro de la hipoteca, para que surta efecto en perjuicio de tercero, consideramos que dicho gravamen para ser efectivo, y para que puedan obtenerse todas las ventajas de la acción persecutoria y del derecho de preferencia, sólo puede constituirse sobre derechos reales inmuebles y sólo excepcionalmente sobre derechos reales muebles y créditos, cuando ambos sean susceptibles de registro.

Los artículos relativos del Código vigente, estatuyen: "Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado". (Art. 2900). En este precepto no se indica que la nuda propiedad o el usufructo se refieran a bienes inmuebles.

En el artículo 2903 se estatuye que: "La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan..." Tampoco se dice que los derechos reales deban recaer sobre inmuebles.

En el artículo 2902, sí se reconoce que la hipoteca sobre el derecho de copropiedad habrá de recaer sobre un inmueble. Dice el precepto: "El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios..."

El artículo 1825 del Código anterior sí requería de manera expresa que la hipoteca sobre derechos reales se refiriera a los constituidos sobre inmuebles ciertos y determinados.

En su oportunidad, al tratar del carácter mueble o inmuble de la hipoteca, volveremos a ver este tema, para relacionarlo tanto con los bienes corporales, como con los incorporales.

Roca Sastre, ob. cit., t. IV, pág 165.

7.—*Principales casos de hipoteca sobre derechos reales.*—Los principales casos de hipoteca sobre derechos reales, que pueden presentarse, son los siguientes:

1.—Hipoteca del derecho de copropiedad.
2.—Hipoteca de usufructo.
3.—Hipoteca de la nuda propiedad.
4.—Hipoteca de la hipoteca.
5.—Hipoteca de las servidumbres.
6.—Hipoteca de la posesión en la tesis que afirma que es un derecho real, y
7.—Hipoteca de una herencia.

El Código Civil vigente, no obstante que habla en general de la hipoteca sobre derechos reales, no se refiere a todos los casos anteriormente enumerados, y en cuanto a los derechos reales sobre bienes muebles, como la prenda y los derechos de autor, para nada hace el Código referencia alguna, por lo que en rigor debemos considerar que sólo pueden hipotecarse los derechos reales sobre inmuebles.

El artículo 106 de la vigente ley hipotecaria española de febrero de 1946, estatuye: "Podrán ser hipotecados: I.—Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. II.—Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes".

8.—*Hipoteca del derecho de copropiedad.*—Notamos al efecto una evolución interesante. El Código de 1870 permitía la hipoteca sobre el derecho de copropiedad respecto a una finca común, o sea, sobre la parte alícuota del copropietario, pero sólo tratándose de inmuebles. Decía así el artículo 1978 de ese ordenamiento: "El predio común no pue-

de ser hipotecado en su totalidad sino con consentimiento de todos los copropietarios: pero éstos pueden hipotecar sus respectivas porciones".

En la exposición de motivos nada se dice al respecto, pero explica Miguel Macedo en sus "Datos" para el estudio del Código Civil de 1884 que expresamente se reformó en este último ordenamiento la disposición del Código de 1870, por considerar que la hipoteca sobre parte alícuota viene a ser en realidad una hipoteca sobre bienes indeterminados, y como es principio de la hipoteca moderna la determinación de los bienes, no debe aceptarse que sea hipotecable la parte alícuota. Por esta razón el artículo 1855 del Código de 1884 suprimió la parte final del precepto relativo del Código de 1870, y sólo consignó el principio de que el predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios.

El Código vigente, no obstante las consideraciones anteriores, estatuye en su artículo 2902: "El predio común no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. El copropietario puede hipotecar su porción indivisa, y al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. El acreedor tiene derecho de intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda".

El legislador de 1928, comprendiendo el problema de la indeterminación en la hipoteca de una copropiedad, ha ideado un sistema para llegar a una determinación posterior: dispone que la hipoteca sólo gravará la parte que se aplique a cada copropietario después de la división; además, para no perjudiar los derechos de los acredores hipotecarios, cuando por descuido (o colusión fraudulenta) del copropietario constituyente de la hipoteca al hacerse la división, estuviere en peligro de recibir menos de lo que justamente le correspondiera, se permite al hipotecario intervenir también como tercero interesado cuando se divida la cosa común.

J. Morell y Terry, Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1928, t. III, págs. 655 y 656.

Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1955, t. IV, pág. 109.

Como ha desaparecido este inconveniente de la indeterminación, debemos considerar que la innovación del Código vigente al permitir de nuevo como el de 1870, la hipoteca de parte alícuota en la finca común, es acertada desde el punto de vista práctico.

G. Marty, ob. págs. 135 a 137.

9.—*Hipoteca del derecho de usufructo.*—El derecho real de usufructo constituido sobre bienes inmuebles es susceptible de hipotecarse. Por regla general, cuando se hipoteca un usufructo, la existencia misma del gravamen dependerá de la existencia del usufructo, de tal manera que cuando sea vitalicio, la hipoteca se extinguirá con la muerte del usufructuario. Si el usufructo depende de un término, el gravamen hipotecario corre igual suerte, así como si depende de una condición.

Puede el usufructo extinguirse por un hecho voluntario del usufructuario, como es la renuncia; en este caso, para proteger al acreedor hipotecario, estatuye el artículo 2903, que la hipoteca deberá durar hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, de no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin; v. gr.; A tiene un usufructo por 15 años sobre una finca, y para garantizar una deuda que tiene en favor de B, hipoteca su citado derecho; si pasado cinco años, A renuncia al usufructo, la hipoteca no obstante durará los 15 años. El artículo citado dispone: "La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, a no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin".

El artículo 1833 del Código de 1884 contenía sólo la primera regla aplicable a la hipoteca de derechos reales, pero no precisó la disposición especial para el caso de hipoteca de usufructo, así como la garantía ideada a efecto de proteger al hipotecario.

El artículo 107, de la vigente Ley Hipotecaria española (igual en la anterior), dice: "Podrán también hipotecarse: 1o.—El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluye por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin". Este precepto reproduce el artículo 107 de la anterior Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909.

Claramente queda indicada la procedencia de la reforma que introdujo la segunda parte del artículo 2903 del Código vigente, aun cuando hubiere sido de desearse que se declarara expresamente que en el caso de que el usufructo concluyere por voluntad del usufructuario, la

hipoteca subsistirá hasta que se cumpla la obligación asegurada, como dice el texto español, pues aun cuando se sobreentiende, la aclaración resulta conveniente.

En cuanto a la hipoteca de frutos pendientes de los bienes raíces, los artículos 2898 y 2897, suponen que el gravamen se constituye al mismo tiempo sobre el inmueble, sin que por lo tanto puedan hipotecarse separadamente. Por esto dice el artículo 2898: "No se podrán hipotecar: I.—Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca", y el 2897: "Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá: I.—Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito. II.—Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada".

Prohibe el Código la hipoteca sobre el usufructo legal que corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre los bienes de los que están sometidos a la misma, en el artículo 2898 fracción IV, que dice: "No se podrán hipotecar: IV.—El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes".

10.—*Hipoteca de la nuda propiedad.*—La nuda propiedad puede hipotecarse, así como el usufructo, presentándose al efecto los siguientes casos:

a).—Hipoteca de la nuda propiedad, sin comprender el usufructo que corresponde a otro titular.

b).—Hipoteca tanto de la nuda propiedad como del usufructo, correspondiendo esos derechos a distintas personas.

c).—Hipoteca del usufructo exclusivamente.

En el primer caso, al extinguirse el usufructo y consolidarse la propiedad, la hipoteca gravará en su totalidad el inmueble si así se hubiere pactado. Económicamente no presenta gran utilidad la hipoteca de la nuda propiedad, pues en el caso de remate, se dificultará la venta del derecho, sobre todo cuando el usufructo es a largo plazo o vitalicio.

Estatuye el artículo 2900: "Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado". En el Código anterior, el artículo 1830 no exigía dicho pacto especial.

La consolidación consiste en la reunión, en una sola persona, de las calidades de usufructuario y de propietario. Puede ocurrir cuando

el usufructuario adquiere la nuda propiedad, por lo que se extingue el usufructo al convertirse dicho usufructuario en propietario.

La hipótesis a que se refiere el artículo 2900, supone que el nudo propietario, cuyo derecho ha hipotecado, adquiere el usufructo, y por esto dice el precepto, "si el usufructo se consolidare con ella (se refiere a la nuda propiedad) en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo, si así se hubiere pactado".

J. Morell y Terry, Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1928, t. III, pág. 663.

11.—*Hipoteca de hipoteca.*—En esta hipoteca el gravamen se constituía conforme al Código anterior, exclusivamente sobre el derecho real hipotecario, es decir, comprendía sólo el derecho accesorio y no el derecho de crédito que garantiza, que es el principal. En la actualidad se puede ya hipotecar el crédito hipotecario mismo, pues el Código vigente no restringe la hipoteca sólo a los derechos reales constituidos sobre inmuebles. Además la hipoteca del mismo crédito hipotecario, puede ser registrada, a efecto de lograr su oponibilidad a terceros, mediante la acción persecutoria y el derecho de preferencia en su caso. Como en todo crédito hipotecario encontramos el derecho principal garantizado y el derecho real de garantía, al hipotecarse una hipoteca, se corre el peligro de que si el crédito materia de esa hipoteca sobre la cual se constituye el gravamen, se extingue por pago, o por cualquiera otra causa, la hipoteca de hipoteca también se extinguirá, pues habrá desaparecido el bien sobre el cual estaba constituida. Conforme al Código vigente, sería un grave error hipotecar sólo la hipoteca y no el crédito hipotecario, pues torpemente se limitaría la garantía a lo accesorio, cuando sin duda ni problema alguno puede comprender tanto el crédito, como la hipoteca que lo asegura.

Según el Código Civil de 1884 se objetaba la posibilidad jurídica de constituir una hipoteca de hipoteca, por virtud del siguiente razonamiento: aun cuando es cierto que la hipoteca era un derecho real inmueble, como accesoria de un crédito, que es derecho mueble, participaba de esta naturaleza y, en consecuencia, no podía hipotecarse, ya que bajo ese ordenamiento la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes inmuebles. Es decir, se interpretaba que sólo los derechos reales principales, constituidos sobre bienes inmuebles, podían hipotecarse, pero no los derechos reales accesorios, aun cuando recayesen sobre los bienes raíces.

En nuestro concepto, la tesis fue discutible bajo la legislación anterior, y ha perdido toda importancia en la actualidad, toda vez que

el Código vigente ya no requiere expresamente que la hipoteca recaiga sobre bienes inmuebles. En general los derechos sí pueden hipotecarse aun cuando sean accesorios de un crédito, como sucede en la hipoteca, siempre y cuando sean susceptibles de registro, que es el dato principal que bajo el Código vigente debe tomarse en cuenta para permitir la hipoteca de cosas o derechos muebles. Ahora bien, aún suponiendo sin conceder que la hipoteca participe del carácter de mueble en cuanto que se le reputa accesoria del crédito y sigue la naturaleza de éste, como dicha hipoteca se encuentra inscrita en el Registro Público de la Propiedad, es susceptible de hipotecarse, para que a su vez este segundo gravamen se registre y pueda surtir efectos respecto de tercero, así como para que las acciones persecutoria y de preferencia sean oponibles en los distintos conflictos que pudieran suscitarse, cuando la hipoteca hipotecada o el crédito hipotecario se transfiera a un tercero, o cuando exista una concurrencia de acreedores que hayan asegurado el mismo bien.

12.—*Hipoteca de servidumbre.*—Las servidumbres son derechos reales sobre predios, que no pueden ser hipotecadas separadamente del fundo dominante. El Código Civil anterior permitió la hipoteca de la servidumbre de aguas independientemente del predio dominante, según la fracción III del artículo 1834, concebido así: "No se podrán hipotecar: III.—Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada". El vigente Código, en su artículo 2898, fracción III, ya no contiene la excepción relativa a la servidumbre de aguas, repitiendo sólo la prohibición de hipotecar las servidumbres en general en forma independiente del fundo dominante.

La razón del carácter inhipotecable de las servidumbres consideradas independientemente del predio dominante, es la siguiente: conforme al artículo 1064, las servidumbres son inseparables del inmueble, a que activa o pasivamente pertenecen; en consecuencia, no tienen ningún valor económico desvinculadas de dicho predio y, jurídicamente, no es posible esa separación. De esta suerte, al ser la servidumbre inseparable del predio, no puede hipotecarse independientemente de él, pues su titular no puede enajenarla ni gravarla sin transferir el fundo al cual activamente pertenezca. Sólo el dueño del predio puede ejercitar los derechos inherentes a la servidumbre, y en tanto que continúe siendo propietario. Aun en el supuesto de que jurídicamente se pudiera separar la servidumbre del predio, carecería aquélla de todo valor económico y, por tanto, de interés para constituir una hipoteca.

En relación con la hipoteca de aguas, conviene recordar que en México la Ley de 13 de diciembre de 1910, de carácter federal sobre el aprovechamiento de aguas, admite en su artículo 30. la hipoteca sobre las concesiones que se otorgaren respecto al uso y aprovechamiento de dichas aguas que sean flotables y navegables, sin que adquiera el concesionario el dominio de las mismas. En las concesiones, por precepto expreso de la ley, se deberá prohibir al concesionario hipotecar o gravar la concesión, en forma independiente de las obras que deban realizarse para su debido aprovechamiento. El artículo 19 de la citada ley permitía que la Secretaría de Fomento facultara al concesionario para hipotecar o gravar la concesión antes de que dichas obras quedasen concluidas, pero la hipoteca así constituida quedaría extinguida de pleno derecho, si no se ejecutaren las obras dentro de los plazos señalados en la concesión, es decir, este hecho cumplía la función de una condición para atribuir eficacia a la hipoteca, o para originar su extinción, si no se lleva a cabo.

En concepto de Borja Soriano, como la concesión otorga un derecho personal, y por lo mismo constituye un bien mueble, su hipoteca conforme a ley mencionada sólo puede explicarse, reputando a la concesión como accesoria de las obras, o sea, de bienes inmuebles; que a partir de la vigencia de la Constitución de 1917, como el artículo 27 de la misma, declara que son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales, lagunas, esteros, lagos, ríos y otras corrientes que el mismo precepto enumera, y declara que el dominio de la nación sobre esas aguas es inalienable e imprescriptible, sólo podrán hacerse concesiones respecto a su aprovechamiento, siendo dudoso que en la actualidad puedan seguirse hipotecando dichas concesiones, a semejanza de lo que ocurre respecto a las concesiones mineras, que por no ser enajenables, tampoco son hipotecables, supuesto que sólo los bienes susceptibles de enajenación pueden hipotecarse.

13.—*Hipoteca de la posesión.*—En la tesis que afirma que la posesión es un derecho real, es indiscutible que recayendo sobre bienes inmuebles, y siendo además susceptible de registro, puede hipotecarse.

En la teoría que considera que la posesión es un simple hecho que tiene consecuencias jurídicas, es también evidente que como tal hecho no puede ser materia de una hipoteca.

El debate entre ambas teorías es uno de los más interesantes en el derecho civil, y puede decirse que desde la época romana los jurisconsultos vinen discutiendo el problema, con abundantes razones en pro y en contra. Véase el t. II de este Compendio.

a).—El problema de la hipoteca de la posesión en nuestros Códigos de 1870 y 1884.—Nuestra legislación anterior se orientó en el sentido de considerar a la posesión como un hecho que producía consecuencias jurídicas y, por tanto, no era favorable a la tesis de que la posesión como derecho real cuando se ejercita sobre inmuebles fuera hipotecable, no obstante que reguló el registro de la posesión.

En los Códigos de 1870 y 1884, se definió la posesión como la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre. El corpus quedaba constituido por la tenencia de la cosa o el goce del derecho, y el ánimus por el propósito de llevar a cabo esa tenencia directamente, o por gozar el derecho en nombre propio.

En los citados Códigos se determinó que únicamente era poseedor en derecho aquel que poseía en nombre propio, de tal manera que el que poseía en nombre de otro, no se reputaba poseedor jurídico.

En cuanto a la posesión en nombre propio, podía ésta estar amparada con justo título subjetiva u objetivamente válido, o carecer del mismo.

La posesión que se tenía con justo título objetivamente válido, era aquella adquirida por virtud de un título bastante para transferir el dominio. En cambio, la posesión que se tenía por virtud de un título subjetivamente válido era aquella que se había adquirido por un título que se reputaba con fundamento suficiente para dar el dominio, aun cuando conforme a derecho no lo fuese. El poseedor en este caso desconocía los vicios o la insuficiencia del título, por razón fundada y, por tanto, se le consideraba poseedor de buena fe.

El problema conforme al Código anterior era el de determinar si cuando un poseedor tenía título subjetivamente válido respecto de un bien raíz, o de un derecho real sobre bienes inmuebles, podía hipotecar el bien o el derecho, y si la hipoteca era válida, no obstante que posteriormente se declarase que el título reputado como válido, era en rigor insuficiente o nudo.

En cuanto al poseedor con justo título objetivamente válido, no existía problema alguno, ya que precisamente por ser aquél bastante para adquirir el dominio del bien inmueble o del derecho real, podía constituir válidamente la hipoteca.

Conforme al artículo 1853 del Código anterior: "Nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto su derecho de propiedad". Además, sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados. De aquí se desprende que sólo puede hipotecar o el

que tiene el dominio de los bienes materia del gravamen, o la libre disposición de los derechos reales susceptibles de hipoteca. También se requiere tener la capacidad de ejercicio necesaria para llevar a cabo actos de dominio sobre bienes inmuebles.

En estas condiciones, conforme al Código anterior, la hipoteca constituida por quien sólo tenía un título subjetivamente válido, es decir, por el que en definitiva sólo fue poseedor y no propietario, estaba afectada de nulidad. El artículo 1847 del citado Código estatuyó: "La hipoteca constituida por el que no tenga derecho de hipotecar, no convalecerá aunque el constituyente adquiera después el derecho de que carecía". Dicho precepto caracterizó la nulidad como absoluta y, por tanto, la simple posesión aún amparada con justo título que después se declaraba nulo, no era hipotecable. A mayoría de razón, el poseedor sin título o el de mala fe por conocer los vicios del mismo no podía constituir válidamente hipotecas.

Como tampoco consideró el Código de 1884 que la posesión fuese un derecho real, no podía hipotecarse como tal posesión, es decir, si expresamente sólo se pretendía hipotecar la posesión, por reconocer el constituyente que únicamente era poseedor y no propietario; pero los poseedores en tanto que se considerasen propietarios con título objetiva o subjetivamente válido, sí podían hipotecar, pero quedaba la hipoteca sujeta a nulidad absoluta, en el caso de que se llegase a declarar la nulidad del título que amparaba la propiedad, conforme a la sanción contenida en el artículo 1847.

Si el título subjetivamente válido, por desconocer el poseedor fundadamente la insuficiencia o vicios del mismo, llegaba a perfeccionarse a través de la prescripción adquisitiva, por haber tenido el poseedor una posesión pacífica, continua, pública y por el tiempo que marca la ley, es evidente que la hipoteca constituida por el citado poseedor era válida.

b).—El problema de la hipoteca de la posesión en el Código vigente.—El actual Código, siguiendo al alemán y suizo define a la posesión como un poder de hecho sobre las cosas o como el goce efectivo de los derechos. Dice al respecto el artículo 790: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él".

En consecuencia, la posesión en el Código vigente (originaria y derivada) se caracteriza como un hecho, y podemos definirla como un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa, para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, como con-

secuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho.

De esta suerte la posesión es un poder físico y no un poder jurídico, aun cuando puede serlo, pero no necesita esa calificación para existir. El poder físico constituye el corpus posesorio, es decir, el conjunto de actos que revelan una potestad sobre la cosa para su aprovechamiento o custodia. Este poder físico de la posesión, generalmente es un poder jurídico, es decir, sancionado y reconocido por el derecho, pero puede ser un poder de hecho, simplemente económico, o ilícito, nacido de un delito, como en el robo o el despojo.

Se presenta el mismo problema que hemos planteado bajo el Código anterior, cuando el poseedor tiene un justo título subjetivamente válido. Ya el Código vigente no reproduce el artículo 1847 del Código de 1884 que estatuía la nulidad para el caso de que se constituyese una hipoteca por el que no tenía derecho de hipotecar, de tal manera que ésta no convalecía aunque el constituyente adquiriese después el derecho de que carecía. Sin embargo, esto no quiere decir que la hipoteca constituida por el que no pueda enajenar, sea válida. El artículo 2906 consagra el principio tradicional, en el sentido de que sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar. En consecuencia, la hipoteca de cosa ajena sigue a las mismas reglas de la venta de cosa ajena, y en esto está la modificación en cuanto al Código anterior, que no permitía que se convalidara dicha hipoteca, en tanto que el vigente, sí lo permite al aplicar por analogía el artículo 2271, es decir el contrato quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el constituyente del gravamen, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa hipotecada.

En atención a lo expuesto podemos concluir que basta tener la posesión de la cosa y el derecho de propiedad inscrito en el Registro Público, para poder hipotecar, aun cuando el título sólo sea subjetivamente válido; pero en ese caso, si se llega a declarar la nulidad del título y se comprueba que se hipotecó una cosa ajena, la hipoteca estará afectada de nulidad, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, según dispone el artículo 3009.

"El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley".

Y en relación con este precepto, estatuye aparentemente en contradicción, el artículo 2242: "Todos los derechos reales o personales trasmitidos a tercero sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe".

Conforme a esta última norma, la hipoteca constituida por el que tenga un título subjetivamente válido que después se declare nulo, correrá igual suerte, teniéndose en cuenta no obstante lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe. Ahora bien, en protección de éstos el artículo 3009 reconoce la validez de la hipoteca, a no ser que las causas de nulidad resulten del mismo registro, o se constituya gratuitamente para garantizar una deuda nacida de una liberalidad, o se otorgue violando una ley prohibitiva o de interés público.

Como este problema se relaciona con la capacidad para hipotecar, volveremos a tratar la cuestión al hacer el estudio respectivo.

Queda por consiguiente en tela de juicio la validez de las hipotecas constituidas por el poseedor con título que después se declara nulo, existiendo, por tanto, la posibilidad de que dichas hipotecas surtan todos sus efectos legales, cuando no se llega a declarar tal nulidad del título, o cuando el acreedor hipotecario sea un tercero de buena fe, y siempre que las causas de nulidad no resulten claramente del mismo registro y la hipoteca sea a título oneroso, constituida sin violar leyes de orden público o prohibitivas.

En el Código actual el artículo 3046 regula la posibilidad de registrar una posesión sobre bienes inmuebles, que sea apta para prescribir y que los mismos no se hallen inscritos en el Registro en favor de persona alguna. Esta inscripción puede hacerse antes de que transcurra el tiempo necesario para la prescripción, siendo menester resolución judicial ordenando la inscripción y con los requisitos que el citado precepto estatuye.

Se presenta el problema de determinar si es posible que el poseedor que ha registrado su posesión antes de adquirir el dominio por prescripción, pueda constituir válidamente una hipoteca, bien sobre el predio, o sobre la posesión misma.

Generalmente se sostiene que ni en uno, ni en otro caso, puede otorgarse válidamente la hipoteca. Se argumenta que el registro de la posesión en esas condiciones, no da derecho para enajenar el predio y,

consecuentemente, tampoco para hipotecarlo, pues sólo puede hipotecar el que pueda enajenar. En cuanto a la posibilidad de hipotecar la posesión misma y no el predio, se piensa que en nuestra legislación, aquélla se considera como un hecho que produce consecuencias jurídicas, pero no como un derecho real, y en tal virtud, no puede ser hipotecada.

14.—*Hipoteca de la herencia.*—Conforme al artículo 3o. del Código de Procedimientos Civiles: "Por las acciones reales se reclamarán: la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes..." En consecuencia, se considera que la herencia como universalidad jurídica, se reclama por una acción real, lo que implica considerar que la misma es un derecho real. Ahora bien, el artículo 1281 del Código Civil dice: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". Conforme a este concepto la herencia es la sucesión del patrimonio del difunto y comprende todos los derechos reales y personales, que no se extinguen por la muerte. Es decir, es una universalidad jurídica que abarca la principal parte del patrimonio. Como tal universalidad está constituida por un activo integrado por derechos reales y personales, y por un pasivo constituido por las deudas u obligaciones del de cujus.

Propiamente hablando, la herencia no puede ser un derecho real o personal, pues o constituye una universalidad de bienes y en este sentido es un patrimonio de afectación, o por herencia se entiende la sucesión o trasmisión de esos bienes, es decir el acto mismo de transferencia.

Estimamos que conforme al artículo 2895, debiendo recaer la hipoteca sobre bienes especialmente determinados, no es posible hipotecar la herencia, pues ésta justamente constituye un patrimonio en estado de indivisión, y sólo hasta que se determine, por virtud de la partición, que fijará la porción de bienes hereditarios que corresponda a cada uno de los herederos, se podrán determinar específicamente esos bienes, y hasta entonces, podrán ser hipotecados, lo que equivale a decir que durante el régimen de indivisión que constituye le herencia, ésta no podrá ser hipotecada como universalidad.

Messsineo, ob. cit., t. IV, pág. 134.

CAPITULO III

Características Fundamentales de la Hipoteca

1.—*Concepto general.*—Además de las características que hemos señalado al definir la hipoteca, y cuyo estudio haremos en el curso de los diferentes capítulos consagrados a la misma, conviene señalar también, como elementos de importancia de este derecho real de garantía, los siguientes:

a) Su naturaleza accesoria;

b) Su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados;

c) Su naturaleza inseparable del bien gravado;

d) Carácter inmueble y excepcionalmente mueble de los bienes hipotecados;

e) Su aspecto especial y expreso, y

f) Su constitución pública en cuanto a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos respecto de tercero.

Trataremos sucesivamente de las características indicadas.

2.—*Carácter accesorio de la hipoteca.*—En nuestra legislación la hipoteca es un derecho real accesorio que sigue la suerte del derecho principal que garantiza, salvo algunas excepciones que después precisaremos.

Héctor Lafaille, ob. cit., t. V, v. III, págs. 69 y 70.

Esta característica accesoria de la hipoteca ha sido fudamental en el derecho romano, en el francés y en el español, de los cuales la hemos tomado.

En el derecho alemán y en el suizo, la hipoteca ha ido perdiendo su carácter de garantía accesoria de un crédito o derecho principal, y en esto se ha encontrado por algunos tratadistas alemanes una superioridad en el sistema hipotecario alemán, en comparación con el tipo latino-europeo. Precisaremos de esta evolución los rasgos fundamentales, después de haber tratado del principio de accesoriedad y de sus consecuencias.

Alfonso de Cossío y Corral, Lecciones de Derecho Hipotecario, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945, págs. 201 a 203.

Desde un punto de vista estrictamente lógico, y aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, podríamos de antemano decir que cuando la obligación principal es inexistente o nula, la hipoteca también debe serlo; que asimismo la relación accesoria debe seguir en todas sus modalidades a la principal, durante su vida o funcionamiento, así como cuando esta última se extinga, lo que motivará la extinción de la hipoteca. En resumen ésta debe seguir a la obligación principal desde su nacimiento hasta su extinción.

G. Marty, Derecho Civil, Garantías Accesorias, traduc. de José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, págs. 128 y 129.

Sin embargo, estas consecuencias que lógicamente podemos derivar del principio ya expuesto, no son respetadas en su integridad por el derecho positivo. Razones de orden práctico permiten separar la hipoteca de la obligación principal, y esta separación se presenta en tres momentos: 1.—Antes de que nazca la obligación principal; 2.—Durante la vida de la misma, y 3.—En su extinción.

Las excepciones al principio de la accesoriedad pueden motivar por consiguiente que la hipoteca nazca antes que la deuda que va a garantizar, es decir, puede existir la obligación accesoria antes que la principal, violentando así la lógica misma. Asimismo, puede separarse la hipoteca de dicha obligación durante la vida de ambas y, por último, puede sobrevivirle.

Analizaremos estas diversas hipótesis:

Primera excepción.—La hipoteca puede constituirse para garantizar obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva. El derecho ha considerado que en este caso, los intereses prácticos son superiores al principio lógico, y de esta suerte el artículo 2921 dispone: "La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse".

Alfonso de Cossío y Corral, Lecciones de Derecho Hipotecario, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945, págs. 209 y 210.

Tiene interés para garantía de ciertas obligaciones futuras que puedan contraer los administradores de bienes ajenos, como tutores, síndicos albaceas, etc., que se garantice su manejo por las posibles responsabilidades durante el ejercicio futuro de su cargo, otorgando hipoteca, prenda o fianza. Aún la obligación futura, es decir, la responsabilidad probable del administrador de los bienes ajenos, no existe y, sin embargo,

la garantía accesoria se ha constituido. Aún no podemos decir que las personas mencionadas tengan una obligación a su cargo; pero para desempeñarlo deben constituir previamente una garantía real: prenda o hipoteca, o una garantía personal: fianza.

En el caso de las obligaciones sujetas a condiciones suspensivas, dada la naturaleza de la modalidad como acontecimiento futuro e incierto que suspende el nacimiento de la deuda, tampoco debería ser posible la constitución de la hipoteca, sin embargo la ley expresamente reconoce tal posibilidad.

Borja Soriano, revista citada. t. IV, págs. 36 y 37.

Segunda excepción.— Esta es una consecuencia del cáracter real de la hipoteca, y de la naturaleza personal de la obligación principal, en virtud de que en este segundo momento que vamos a analizar, también la hipoteca puede separarse del crédito, desde el punto de vista de los sujetos pasivos de uno y otro derecho. Tal hipótesis ocurre, bien sea cuando un tercero constituye garantía hipotecaria para garantizar una deuda de otro, o cuando el deudor enajena el bien gravado, de tal suerte que en uno y otra caso, el sujeto pasivo de la obligación principal, es distinto del sujeto pasivo de la obligación real hipotecaria. Existe sólo una desvinculación entre la hipoteca y el crédito relativamente a los sujetos pasivos de ambos.

Tercera excepción.—Por último, un tercer momento o sea, el de la extinción de la deuda, presenta un caso más de excepción, que en nuestro concepto sólo es aparente. Se dice que la hipoteca puede sobrevivir al crédito, en los casos de novación, cuando expresamente el acreedor de la nueva deuda se reserve la garantía hipotecaria. En general el efecto de la novación según el artículo 2220 es el de extinguir la obligación principal, con las obligaciones accesorias; pero el acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de dichas obligaciones, que pueden ser las nacidas de la hipoteca, prenda o fianza, en cuyo caso pasarán estas garantías a la nueva relación jurídica. Se requiere, conforme al artículo 2221 que cuando los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros, éstos presten su consentimiento. Se ha visto en estos casos una excepción al principio de la accesoriedad, afirmando que la hipoteca sobrevive a la primera obligación para pasar a la segunda, que nace en virtud de la novación.

Ya hemos sostenido el criterio de que en realidad lo que ocurre es una nueva constitución de hipoteca, que debe registrarse para que surta efecto contra tercero, pues bien sea por la reserva expresa cuando el

deudor constituyó la garantía (lo que supone el consentimiento de acreedor y deudor para que la hipoteca pase a la nueva obligación), o la conformidad expresa del tercero constituyente de la garantía, lo cierto es que en ambos casos existe un nuevo pacto de constitución de hipoteca, que como en el caso de la fianza, la nueva garantía creada no podrá asegurar sino hasta el monto de la obligación que nazca por virtud de la novación, de tal manera que si ésta es inferior a la deuda primitiva la garantía hipotecaria constituida por un monto mayor, se reducirá de pleno derecho hasta la cuantía de la nueva deuda. Si existiera una supervivencia de la hipoteca, ni sería menester el acuerdo de las partes o del tercero constituyente ni tampoco podría haber una reducción de la garantía.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 183 y 184.
Alfonso de Cossío y Corral, Lecciones de Derecho Hipotecario, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945, págs. 205 y 206.

3.—*Indivisibilidad y divisibilidad de la hipoteca.*—Estudiaremos ahora características de naturaleza en la hipoteca, que se distinguen de las de esencia, en que pueden modificarse o renunciarse por convenio, a diferencia de estas últimas que no dependen de la voluntad de las partes.

El Código de 1884 sostuvo la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito y a los bienes gravados; pero fue una característica de naturaleza.

Ramón M. Roca Sastre, Derecho Hipotecario, Editorial Bosch, Barcelona, 1948, t. IV, págs. 34 y 35.

En el Código vigente se modifica ese aspecto, de tal manera que la hipoteca es en la actualidad divisible por disposición de la ley en cuanto a los bienes gravados e indivisible por naturaleza en cuanto al crédito.

Indivisibilidad: Tanto en el Código de 1870 como en el de 1884 la indivisibilidad significa que cuando se hipotecaban varias fincas, todas ellas respondían de la totalidad del gravamen, de modo que el acreedor lo podía hacer efectivo en cualquiera de ellas o en todas, sin importar que el crédito se hubiera reducido por pagos parciales. De la misma manera, y este es el segundo caso de la indivisibilidad en cuanto a los bienes, cuando se fraccionaba una finca, la totalidad de la hipoteca continuaba sobre cada una de las fracciones y al mismo tiempo, sobre todas ellas. Debido a la gran cantidad de fraccionamientos que se hacen en la actualidad, este segundo caso tiene gran importancia. Siendo la indivisibilidad una característica de naturaleza, admitía pacto en contrario y,

por tanto, se podía estipular la divisibilidad en cuanto al crédito o a los bienes gravados.

"Los artículos relativos del Código de 1884, son los siguientes: "Art. 1836.—Cuando se hipotequen varias fincas juntamente, por un solo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la obligación sobre cualquiera de ellas, o sobre todas, simultánea o sucesivamente, hasta obtener el pago total, a no ser que en la escritura se haya determinado la cantidad o parte de gravamen que cada una de las fincas deba responder".

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 39 y 40.
Héctor Lafaille, ob. cit., t. V, v. III, págs. 73 y 74.

El Código actual deroga el principio de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados: modifica al Código anterior, al estatuir que es de la naturaleza de la hipoteca el que se opere la división en los casos antes indicados, y que dicha división es obligatoria cuando se hipotequen varias fincas, toda vez que el artículo 2912 estatuye que es forzoso determinar por qué porción del crédito responderá cada finca, pudiendo cada una de ellas ser redimida del gravamen, mediante pago de la parte correspondiente del crédito que pese respectivamente sobre las mismas.

De esta suerte, desde que se otorga la escritura es necesario determinar la división del crédito en cuanto a los bienes gravados. En el caso de que no se cumpliere dicho precepto, si posteriormente las partes no se pusieren de acuerdo para la división, aplicando analógicamente el artículo 2913, el constituyente de la garantía podrá exigir judicialmente que dicha división se imponga por sentencia, después de que los peritos hayan dictaminado sobre la forma de llevarla a cabo, dado que es un punto en el que por su naturaleza es absolutamente necesaria la ilustración pericial. Al respecto el Código procesal estatuye en el artículo 468, que procede la vía especial hipotecaria para la división de una hipoteca, así como para exigir su constitución, ampliación, registro, cancelación, pago o prelación del crédito hipotecario.

Además del caso indicado, el artículo 2913 dispone que: "Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; y si no se consiguiere ese acuerdo, la distribución del gravamen, se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos".

Los preceptos anteriores han elevado, por tanto, a la categoría de interés público, la divisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, pues la misma ya no depende de la voluntad de las partes, es decir, se impone una restricción más al principo de la autonomía de la voluntad que tanta importancia tuvo bajo la legislación anterior y el Código Napoleón. Este interés público está relacionado con el problema referente a fomentar el crédito inmobiliario, como requisito indispensable en un buen sistema hipotecario. Las necesidades actuales, motivadas en parte por los grandes fraccionamientos, requiere imperiosamente que al dividirse una finca, se divida también el crédito hipotecario, de tal manera que los adquirentes de las distintas fracciones puedan tener la seguridad de que las mismas podrán quedar liberadas de la hipoteca, mediante el pago de la parte proporcional del crédito. En cambio, bajo un sistema en el cual no puede operar la divisibilidad de la hipoteca, como el acredor estará facultado para exigir y hacer efectivo el gravamen sobre todas las fracciones, o en cualesquiera de ellas, se impediría prácticamente la división de las grandes fincas hipotecadas.

En cuanto al otro caso, es decir, cuando se hipotequen varias fincas juntamente para la seguridad de un crédito, es de interés también que se haga la división, pues la ventaja indebida que en la legislación anterior se otorgaba al acreedor para poder hacer efectivo el crédito sobre todas las fincas o en cualesquiera de ellas simultánea o sucesivamente, también daba por resultado que el crédito inmobiliario en general sufriera continuas trabas, por una protección desmedida del acreedor. Para el fomento del citado crédito, desde el punto de vista económico, es preferible regular la división forzosa de la garantía real, como requisito necesario para el otorgamiento de la escritura.

El Código vigente conserva el carácter tradicional de la indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito, no obstante que introdujo la novedad de la divisibilidad de la garantía respecto de los bienes hipotecados.

José María González Ordóñez, Apuntes de Derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, pág. 348.

El carácter indivisible en cuanto al crédito, significa que aun cuando éste se reduzca por pagos parciales, la hipoteca continúa íntegramente sobre el bien afectado. En este caso, no existen las mismas razones que ha tomado en cuenta el legislador para admitir el carácter divisible de la garantía respecto a los bienes, ya que desde luego se presenta un obstáculo de orden material para que pudiera irse redu-

ciendo la hipoteca, conforme disminuyera la obligación principal. En efecto, en las hipotecas sobre edificios, construcciones y obras inmovilizadas en general, materialmente no se podría ir fraccionando el gravamen para referirlo a una cierta porción del inmueble, con el propósito de dejar libre el resto.

En el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, si se redujera la hipoteca, habría una imposibilidad para que el acreedor ejercitase su acción de venta, pues en la subasta no se podría desgajar el edificio o construcción, para enajenar sólo la parte afectada.

4.—*Naturaleza inseparable de la hipoteca, respecto del bien gravado.*—La hipoteca como derecho real accesorio constituye un gravamen inseparable del bien, como las servidumbres. Es decir, como consecuencia también del carácter persecutorio de la acción real y de la naturaleza oponible del gravamen respecto a terceros, la hipoteca gravitará siempre sobre el inmueble, a pesar de las sucesivas enajenaciones que hubiere respecto al mismo.

En cuanto a las servidumbres, declara el artículo 1064 del Código Civil vigente, que son inseparables del inmueble a que activa o pasivamente pertenecen. Engendran una obligación real que continúa pesando sobre el predio sirviente, cualquiera que sea su poseedor o dueño, y a la vez, constituyen un derecho real inseparable del fundo dominante, para que en el caso de enajenación, sea el nuevo adquirente en su carácter de tal, el que pueda ejercitar el derecho.

La hipoteca también constituye una obligación real, que metafóricamente se ha dicho sigue a la cosa, para ser oponible a todo adquirente o poseedor animus domini. Esta obligación real o propter rem, se impone exclusivamente en relación con la cosa, depende de ésta en cuanto a su duración o extinción y recae sobre un sujeto pasivo funcionario o mostrenco, en tanto que sea propietario o poseedor de la cosa, y no por su individualidad misma. La calidad de dicho sujeto, dependerá de su carácter de propietario o poseedor del inmueble hipotecado y en tanto que lo sea. En este aspecto, existen una diferencia esencial entre las obligaciones reales y las personales. En las primeras, el sujeto pasivo, aun cuando ejecute determinados actos de conducta, éstos sólo tienen sentido en relación con la cosa y exclusivamente para que el titular del derecho real pueda ejercer eficazmente su poder jurídico, de tal manera que dependerán de la naturaleza de ese derecho; es decir, si se trata de un derecho real de garantía o de aprovechamiento. En los derechos reales de garantía, el sujeto pasivo: poseedor animus domini o propietario de la cosa gravada, no puede ejecutar actos mate-

riales que impliquen un demérito en la garantía, para hacerla insuficiente. En los derechos reales de aprovechamiento, el sujeto pasivo debe mantener la cosa en estado tal que sea útil para que el titular obtenga de ella el provecho inherente a la naturaleza de su facultad. En cambio, en las obligaciones personales, los actos de conducta que debe ejecutar el deudor, están vinculados con su persona, y no dependen de su categoría de propietario o poseedor.

5.—*Carácter mueble o inmueble de los bienes hipotecados.*—He mos dicho que en el derecho romano, la hipoteca se constituía tanto sobre bienes muebles, como respecto de inmuebles. En realidad se presentó como una evolución de la prenda. En este proceso intervienen los siguientes elementos: a) El interdicto *Salviano,* que se concedió al arrendador sobre los implementos de labranza que llevaba el arrendatario al inmueble, entre tanto permanecían en éste. De esta suerte constituían una garantía para el pago de las rentas, sin necesidad de desposeer al deudor; b) La actio *Serviana,* por medio de la cual se concedió al arrendador una acción persecutoria de los implementos la labranza introducidos en el predio por el arrendador, cuando pasaban a manos de terceros, de tal manera que el interdicto Salviano concedido en un principio contra el deudor, tuvo una eficacia real, al ser oponible a terceros la acción persecutoria; c) la actio cuasi-serviana, por virtud de la cual se extendió la citada acción real a la hipoteca, como forma de garantía por la cual, sin desposeer al deudor de los bienes u objetos afectados al cumplimiento de una obligación, se otorgaba al acreedor un derecho real, con acción persecutoria sobre los mismos. De esta suerte se establece la distinción entre la prenda y la hipoteca, según la definición romana: Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem. Es decir, hay prenda, propiamente, cuando pasa al acreedor; hipoteca cuando no pasa, ni aún la posesión.

Dorta Duque, al referirse al antiguo derecho español indica que en el mismo tampoco tuvo importancia la naturaleza mueble o inmueble de las cosas hipotecadas, pues después de que se abolió el derecho romano en España, el Fuero Juzgo (siglo VII), mantuvo el criterio de que la prenda podía recaer tanto sobre muebles, como respecto a inmuebles, pero con la desposesión del deudor. Esta tendencia continúa en el Título V del Libro III del Fuero Viejo de Castilla (año 1212); posteriormente, al recobrar nuevamente el derecho romano su influencia en España, se admitió la garantía real sin la desposesión del deudor, tal como se reconoce en la Ley CCXIII de las de Estilo, al esta-

tuir que: "El que ficiere deuda o fiaduría sobre lo que ha, que no puede vender ninguna cosa dello, fasta que aquel que hobiere la deuda sobre ello sea pagado". En esta disposición, se reconocía indirectamente la posibilidad de venta, que se declaraba nula, por lo que es de inferirse la posesión del deudor. Agrega el citado autor cubano, que más claramente esto se reconoce en la Ley VI del Título XIX, Libro III deu Fuero Real de España (año 1255), en la cual se dispone "aunque con la palabra empeño, una hipoteca legal tácita a favor del rey por lo que se le debiera, y a favor de la Iglesia sobre los bienes del Obispo; en la Ley VII de dicho cuerpo legal se dispone que si alguno "por deuda o por otra cosa metiere a otro en peños toda su buena..., todo aquello que después ganare sea también empeñado como lo al primero". En definitiva triunfa con las Siete Partidas (año 1265) el derecho romano, y casi íntegramente su sistema de garantías reales se implanta al proclamarse en la Ley I, del Título XIII, de la Quinta Partida, que el peño comprende tanto cuando se apodera al acreedor de la cosa empeñada, mayormente si es mueble, como cuando la empeñare, "maguer non fuesse entregado della, aquel a quien la empeñassen". En la misma legislación alfonsina se califican los peños con análogo criterio al seguido en el derecho romano, distinguiendo tres formas de garantías: la voluntaria producida con el criterio de los hombres, "por razón de alguna cosa que deudan dar, o fazer"; la judicial, cuando "los Judgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contendor", y la legal, que era, entre otras la constituida a favor del rey, por razón de rentas, y a favor de la mujer sobre los bienes del marido por razón de la dote; siendo la voluntaria y judicial garantías que se constituían expresamente, y la legal en forma tácita, "que se fase calladamente, maguer non es y dicha ninguna cosa", como se lee en la mencionada Ley I": (Manuel Dorta Duque, Curso de Legislación Hipotecaria, págs. 89 y 90).

Continúa el citado autor esta investigación histórica, para indicarnos que hasta las leyes de Toro (año 1505), se emplea el término hipoteca; que en la Novísima Recopilación, la hipoteca aparece referida a las casas y heredades, exigiéndose su inscripción "en cada ciudad villa o lugar donde hobiere cabeza la jurisdicción".

En el moderno derecho español, es requisito indispensable que la hipoteca recaiga sobre bienes inmuebles, que además deben ser enajenables e inscribibles en el Registro de la Propiedad. Se comprenden como es natural los bienes muebles por incorporación o destino y todos

los derechos reales constituidos sobre cosas raíces, así como las concesiones administrativas de obras públicas.

José María González Ordóñez Apuntes de derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O), Madrid, 1953, pág. 358.

De esta suerte, tanto en el derecho español, como bajo nuestra legislación anterior de 1870 y de 1884, la hipoteca se consideró como un derecho real inmueble, no obstante su naturaleza accesoria, para garantizar un crédito que sea un bien mueble. En este caso, por lo que se refiere a esa naturaleza inmobiliaria, no se aplica el principio de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. La misma naturaleza inmueble tiene la sub-hipoteca, es decir, la hipoteca de hipoteca.

En el Código vigente, otra innovación importante en cuanto a las características fundamentales de la hipoteca, es la que se refiere al carácter mueble o inmueble de los bienes afectados. En el Código anterior, la hipoteca sólo podía recaer sobre bienes raíces o sobre derechos reales constituidos sobre ellos; la hipoteca sobre muebles únicamente se daba en casos excepcionales, como la hipoteca de una embarcación, permitida por el Código de Comercio. Este era un requisito que diferenciaba a la hipoteca de la prenda, la cual recae sobre muebles. El artículo 1823 del ordenamiento de 1884 fijaba la constitución de la hipoteca sólo sobre inmuebles, tanto corporales como incorporales: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales. . .," etc. Como este art. sólo decía "derechos reales", sin agregar nada más, tal parece que dichos bienes incorporales eran los derechos reales en general y que la hipoteca podía gravar cualquier especie de derecho real; pero esta duda se aclara en el Art. 1825: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, o sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos". De tal modo, que, sin lugar a vacilación, la hipoteca sólo podía recaer sobre inmuebles o derechos reales inmobiliarios.

El art. 1827 del Código anterior, al especificar qué bienes podían comprender la hipoteca, se refería sólo a predios y muebles inmovilizados:

Roca Sastre, ob. cit., t. IV, págs. 160 y 161.

En contraste con todo lo apuntado, el Código vigente no requiere que los bienes sean inmuebles para que sobre ellos pueda constituir la hipoteca; en efecto, el artículo 2893, sólo habla de "bienes" en general: "La hipoteca es una garantía sobre bienes...", etc. A mayor

abundamiento, para confirmar lo asentado, tenemos el artículo 2895, correlativo del 1855 del Código anterior: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados"; y el 2896, al enunciar los bienes que pueden ser objeto de la hipoteca, suprime la denominación "inmuebles", o "predios" del artículo 1827 del Código de 1884: "La hipoteca se extiende, aunque no se exprese: I.—A las accesiones naturales del bien hipotecado; II.—A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados; III.— A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca, y que no pueden separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos; IV.— A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados".

En la primera fracción, cabe la hipoteca de bienes en general y sus accesiones naturales; en la segunda, mejoras en general, de muebles como de inmuebles, en tanto que en el Código de 1884 sólo se incluían mejoras de predios. Las fracciones III y IV del artículo 2896 del Código vigente, coinciden con el de 1884, al hablar de fincas o edificios.

G. Marty, ob. cit., págs. 138 y 139.

6.—*Aspecto especial y expreso de la hipoteca.*—Ya hemos tratado este carácter esencial en la hipoteca moderna, para diferenciarla de las hipotecas tácitas y generales del derecho romano y del antiguo español, por lo que sólo agregaremos algunas breves consideraciones al respecto.

"En el derecho romano y en el español que estuvo vigente en México hasta que comenzó a regir nuestro Código Civil, se reconocían las hipotecas tácitas o legales y las hipotecas generales."

"*Generalidades en cuanto al crédito.* Su crítica. Las hipotecas tácitas eran las que sin estipulación de las partes resultaban sólo de la ley, que tenía dispuestas preventivamente estas garantías a favor de personas que necesitaban de especial protección, como los menores que tenían hipoteca sobre los bienes de sus tutores por los resultados de la tutela, hasta que les hubiesen dado cuenta con entrega de bienes y pago del alcance líquido y de los perjuicios causados por malversación, etc. (Diccionario de Escriche, palabra "Hipoteca". Gómez de la Serna. La Ley hipotecaria comentada y concordada, etc. tomo I. Introducción. Nos. 26, 29 y 82). Esas hipotecas garantizaban créditos indeterminados, cuyo monto variable no podía fijarse de antemano. Este era un vicio muy grave en la organización de las hipotecas. La limitación de los créditos garantizados por una hipoteca es esencial, tanto en interés de los terceros, futuros acreedores o adquirentes, cuanto en el del deudor. En efecto, cuando existe sobre los bienes de una persona una hipoteca que garantiza un crédito indeterminado, el crédito de esta persona está arruinado; entonces, aun cuando posea inmuebles de gran

valor y el monto actual del crédito no sea elevado, un acreedor nuevo no aceptará jamás sin temor el segundo lugar; temerá simepre ver aumentar inopinadamente la deuda garantizada por la hipoteca que es preferente a la de él (P. 2663). Con todo fundamento, pues, el Código Civil de 1870 aboló las hipotecas tácitas en su art. 1980 y el Código 1884 reprodujo lo mismo (art. 1857)."

"*Generalidad en cuanto a los bienes: su crítica.* Las hipotecas generales eran las que abrazaban todos los bienes del deudor. Baudry-Lacantinerie hace su crítica en estos términos: "La generalidad de las hipotecas ofrece graves inconvenientes desde el triple punto de vista del deudor, de sus acreedores y de la sociedad. Desde el punto de vista del deudor, a quien conviene proteger contra la facilidad con la cual hipotecaría la generalidad de sus bienes para la seguridad de una sola deuda, no conservando la libre disposición de ninguno. Desde el punto de vista de los acreedores, el principio de la generalidad de las hipotecas conduce, en efecto, a sistemas de extrema complicación, produciendo gastos enormes a causa del concurso sobre los mismos bienes de un gran número de acreedores. En fin, desde el punto de vista del interés general, con el principio de la generalidad de la hipoteca, la fortuna inmueble rápidamente queda gravada y afectada de una especie de inmovilidad" (B. L. II 1366)." (Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 41 y 42.

Los preceptos fundamentales en esta materia estatuyen respectivamente que: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados" (art. 2895), y además que: "La hipoteca nunca es tácita ni general..." (art. 2919). En cuanto a las disposiciones del registro, que vienen a completar este sistema de especialidad, estatuye el artículo 3061, la necesidad de que se determine la naturaleza, situación y linderos del inmueble hipotecado, su medida superficial, agregando un plano o croquis al legajo respectivo; el valor de los bienes sujetos a inscripción, así como los antecedentes del registro.

"*Especialidad.* El Código Civil de 1870 desconoció las hipotecas tácitas (art. 1890) y el Código de 1884 reprodujo lo mismo (art. 1857), aboliendo, por lo tanto, las hipotecas que garantizaban créditos indeterminados (art. 1899 IV y V).

El Código de 1870 substituyó el principio de la generalidad por el de la especialidad en cuanto a los bienes, diciendo en su artículo 1942: "La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados." El Código de 1884 reprodujo este precepto (art. 1825). Pero fue más explícito que el anterior, diciendo expresamente: "La hipoteca nunca es tácita ni general" (art. 1857).

Como se ve, en nuestra hipoteca moderna domina el principio de la especialidad en cuanto a los créditos garantizados y en cuanto a los bienes gravados. Por supuesto, que como dice muy bien Planiol, "Una hipoteca puede garantizar varios créditos o gravar varios inmuebles, sin cesar por esto de ser especial, si cada uno de estos créditos o cada una de estos bienes es objeto de una designación particular" (P. 2662.) Borja Soriano, revista citada, t. IV, pág. 42).

El régimen de publicidad indispensable también de la hipoteca moderna descansa a su vez en el principio de determinación y especialidad del gravamen, de tal manera que todo el sistema observado en cuanto al registro o inscripcion de la hipoteca, así como en cuanto a los efectos para terceros, no podría llevarse a cabo, si no existiese la determinación y especialidad de la hipoteca. El artículo 2912 en el Código vigente es otra manifestación más de la especialidad de la hipoteca.

Héctor Lafaille, ob. cit., t. V, v. III, págs 83 y 85.

CAPITULO IV

De la Publicidad y Registro de la Hipoteca

1.—*Diversos efectos atribuidos al registro y teorías principales.*— Los diversos derechos positivos no han seguido un sistema uniforme para atribuir efectos a las inscripciones en el Registro Público de la Propiedad. Podemos agrupar los sistemas existentes, de la siguiente manera:

a) Sistema de la sustantividad de la inscripción.
b) Sistema de la sustantividad relativa o funcional.
c) Sistema de la adjetividad de la inscripción.

a).—*Sistema de la sustantividad de la inscripción.*—En este sistema se considera que el registro es un elemento esencial para la existencia misma de los actos jurídicos y derechos que conforme a la ley deben ser registrados. En tal virtud, ni entre las partes, ni menos aún con relación a terceros, surtirá efectos el acto jurídico de creación, trasmisión, modificación o extinción de derechos que deba registrarse, si no se registra.

Este es el sistema seguido en el derecho alemán, en el que se formula la siguiente regla: todo derecho no inscrito en el libro territorial (libro de registro de la propiedad y derechos reales inmobiliarios) se reputa inexistente entre las partes y respecto de los terceros.

Los derechos latino-europeos y latino-americanos que siguen las bases del Código Napoleón en cuanto a la trasmisión de la propiedad o derechos reales, consagran un principio opuesto. En estas legislaciones, separadas también del derecho romano, las enajenaciones de cosas o derechos determinados, operan la trasmisión por el simple consentimiento de las partes, sin necesidad de tradición real o simbólica.

Sólo para los terceros en la acepción técnica que daremos después, deberá hacerse el registro, pues de lo contrario les podrá aprovechar, pero no perjudicar el acto o enajenación de derechos. El sistema español constituye una verdadera excepción en esta materia, debido a que exige, como el alemán, la tradición respecto de muebles, y el registro en cuanto a la hipoteca, para que surta efectos entre las partes, y respecto de terceros, en los demás actos de enajenación de inmuebles.

Martín Wolff estudia el sistema alemán de Registro Público, en la constitución, trasmisión o gravamen de los derechos inmobiliarios.

En el derecho alemán es requisito indispensable para adquirir los derechos reales, o bien para modificarlos o gravarlos, cuando recaen sobre inmuebles, que se lleven a cabo las inscripciones conducentes en el Registro Público de la Propiedad.

"La presunción de exactitud del registro inmobiliario.—Es posible un desacuerdo entre la situación jurídica verdadera y el registro inmobiliario; el registro puede ser inexacto. Pero la experiencia práctica demuestra que es excepcional, lo cual justifica dos principios: el de la presunción de la exactitud del registro (artículo 891 c.c.) y el de la protección a favor del que confía en el registro inexacto (artículo 892 c.c. cf. infra artículo 45)".

"La fe pública del registro garantiza la validez de las disposiciones sobre un derecho inscrito y presupone, por tanto, un negocio de disposición sobre un derecho inscrito o sobre una pretensión derivada de un derecho inscrito. La ley señala especialmente dos casos de disposición y añade una cláusula general para las demás disposiciones:

a) se protege al que adquiera un derecho real, ya sobre una finca, ya sobre un derecho inmobiliario...

b) Se protege igualmente al que realice una prestación en virtud de un derecho inscrito, a favor del que en el registro aparezca como titular del mismo...

c) Por último, el artículo 893 estatuye con carácter general que el registro se considera exacto en el caso de celebrarse cualquier otro negocio jurídico entre un titular inscrito y otra persona por el cual, se disponga sobre un derecho registrado... La fe pública del registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas por negocio jurídico... Sólo se protege al adquiriente de buena fe. La buena fe se presume. Se considerará excluida, si al efectuarse la disposición (especialmente la adquisición del derecho):

a) Estaba inscrito un asiento de contradicción de la exactitud del registro (of. artículo 47).

b) O si el adquirente conocía la inexactitud del registro. Sólo el conocimiento positivo destruye la buena fe y no —como en el derecho sobre muebles (artículo 932 ap. 2)— la ignorancia por negligencia inexcusable; porque en el registro inmobiliario se puede tener mayor confianza que en la posesión;... El conocimiento de la inexactitud del registro no es indéntico al conocimiento de los hechos, de los que deriva la inexactitud. El adquiriente obra de mala fe si conoce la inexactitud, aunque ignore las causas. Por el contrario, obra de buena fe si conoce los hechos, pero no deduce la inexactitud del registro por desconocimiento del derecho, o por creer que el registro es exacto por algún otro motivo... El conocimiento de la inexactitud no es siempre conocimento de inexactitud actual... La buena fe que protege el artículo 892 es un concepto puramente negativo; la ignorancia de la inexactitud del registro... El anterior derecho prusiano con razón sólo protegía al adquirente a título oneroso; el adquirente a título gratuito estaba en igual situación que el que obraba de mala fe. El C. c. ha rechazado este principio; la fe pública del registro ampara también al adquirente gratuito. Por estar obligado personalmente a devolver lo adquirido, mientras que en la adquisición onerosa responde el que dispone y no el adquirente (artículo 816)... Contenido de la fe pública. El efecto de la fe pública es que el registro inexacto "valga como exacto" frente al tercero a proteger, como dice el artículo 892". (Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, t. III, v. I, págs. 240 a 254).

b).—*Sistema de la sustantividad relativa o funcional.*—Este sistema es el adoptado en el derecho mexicano y, por lo tanto, tiene para nosotros singularísima importancia en cuanto a la trasmisión de los derechos reales.

En el sistema de la sustantividad relativa o funcional, el registro no es un elemento necesario para la existencia del acto jurídico o del derecho real en su constitución o transmisión, cuando la ley prescriba ese requisito. Los efectos de la inscripción en el Registro Público sólo se refieren a los terceros y no a las partes. Es decir, entretanto no se registre el acto o derecho no es oponible a dichos terceros, entendiendo por tales aquellos que tienen un derecho real o gravamen sobre los bienes objeto de registro. Entre las partes surte todos sus efectos el acto jurídico o el derecho que se constituye, transmite o modifica. En este sentido la jurisprudencia definida de la Suprema Corte no deja duda alguna sobre el particular, declarándose así de manera expresa, tanto al fijar el concepto de tercero, como al precisar los efectos del registro.

El artículo 3007 del Código Civil vigente expresamente estatuye: "Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registran, no producirán efectos en perjuicio de tercero".

Ya hemos indicado que en nuestro sistema, la inscripción no convalida los actos o derechos que estén afectados de nulidad; pero que se establecen las excepciones consagradas por el artículo 3009 en favor de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, con las limitaciones que el propio precepto señala.

Fundamentalmente nuestro régimen del Registro Público de la Propiedad está tomado de la Ley Hipotecaria Española de 1861, que inspiró al Código Civil de 1870. En nuestro Código Civil vigente se introducen modificaciones de la ley española anterior. A su vez el sistema español tiene sus antecedentes en el derecho alemán. Sin embargo, se establece como diferencia fundamental la de que el registro sólo tiene funciones de oponibilidad respecto de terceros. Unicamente para la hipoteca en el derecho hispano, es indispensable la inscripción en el Registro Público, pues de lo contrario no quedará válidamente. constituida. Este mismo requisito se exigió por nuestro Código de 1870 y por el de 1884, hasta la reforma de 1917, fecha en que se le asignó a la inscripción hipotecaria los mismos efectos que a las demás inscripciones; es decir, únicamente se establecen respecto de terceros, pero no entre las partes. En cambio, en el artículo 1889 del Código anterior se decía: "La hipoteca no producirá efecto legal alguno sino desde la fecha y hora en que fuese debidamente registrada". Desde la reforma de 1917 se modifica este sistema, declarando el Código en vigor en su artículo 2919: "La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro..." En el artículo 146 de la vigente Ley Hipotecaria Española se dice: "Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

1o. Que se hayan constituido en escritura pública.

2o. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad".

En el sistema de la sustantividad relativa o funcional que acepta nuestro derecho, la constitución, modificación, gravamen o transferencia de derechos reales inmobiliarios se realiza entre las partes por virtud del acto jurídico, sin necesidad del registro. Para la transferencia por acto entre vivos se requiere generalmente un contrato. En cambio, para los demás actos: constitución o gravamen, puede bastar el acto unilateral. Es así como el usufructo, el uso, la habitación, las servi-

dumbres y la hipoteca pueden constituirse por acto unilateral, por testamento o por contrato. En cambio, ciertos derechos reales inmobiliarios como la anticresis, los censos y los préstamos refaccionarios, de habilitación y de avío, sí requieren un contrato.

La cancelación de las inscripciones puede llevarse a cabo por consentimiento de las partes o por decisión judicial según dice el artículo 3030 de nuestro Código Civil vigente. En cuanto a tercero las inscripciones no se extinguen, sino por su cancelación, o por el registro de la trasmisión del dominio, o del derecho real inscrito a favor de otra persona. Para que el registro pueda ser cancelado por el consentimiento de las partes esta deberá constar en escritura pública (Artículo 3031).

c).—*Sistema de la adjetividad de la inscripción*.—En este sistema, el registro tiene por objeto poner en conocimiento de la colectividad los gravámenes o derechos reales que afecten a los bienes inmuebles, así como todos los actos jurídicos que impliquen enajenación o transferencia de esos derechos. Los actos o derechos existen independientemente del registro, de tal manera que éste no es un elemento esencial para que surtan efectos entre las partes; pero sí para que perjudiquen a terceros, sin que la inscripción convalide los actos o contratos afectados de nulidad.

G. Marty. ob. cit., págs. 124 y 125.

2—*El artículo 3007 del Código Civil vigente*.—El artículo 3005 enumera todos los títulos, actos, contratos y derechos que deberán ser registrados. En el 3007 se estatuye la norma fundamental: "Los documentos que conforme a este código sean registrables, y no se registren no producirán efectos en perjuicio de tercero". El artículo 3009 precisa los alcances de la inscripción, en cuanto que la misma no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Por consiguiente, no es la función del Registro Público de la Propiedad la de convalidar actos nulos. Evidentemente que tales negocios jurídicos podrán ser impugnados conforme a las reglas de la nulidad, lo que traerá consigo la cancelación de la partida de registro correspondiente. Al efecto, el artículo 3033 indica que podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total: cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción; o cuando se declare la nulidad de esta última.

Sin embargo, tales consecuencias se presentan en los casos en que no han intervenido terceros de buena fe y a título oneroso, adquiriendo derechos relacionados con el acto o inscripción nulos. El artículo 3009 precisa, en protección a tales terceros, cuáles serán las consecuencias de que aparezca en el Registro Público de la Propiedad, como titular del mismo. Estatuye al efecto que "el Registro protege los derechos adquiridos por terceros de buena fe, una vez inscritos aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dipuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley".

Refiriéndose Morell y Terry (Comentarios a la Legislación Hipotecaria, t. II, pág. 612) al artículo 34 de la Ley Hipotecaria española, del que tomamos nuestro artículo 3007, dice así: "El artículo 34 es otro de los más esenciales e importantes de la Ley Hipotecaria. En él el legislador atribuye a la inscripción un efecto de trascendencia suma, reconociendo que, aun no siendo independiente del título, puede tener la sustantividad necesaria para no hallarse afectada o influida por nulidad de actos registrados con anterioridad. En rigor, la nulidad de una inscripción, en el caso del artículo 33 (igual a nuestro artículo 3009), debiera siempre llevar consigo la de todos los actos y contratos inscritos o no inscritos que del acto nulo tomaron su fuerza y vigor; pero la Ley Hipotecaria se aparta de la severidad de los principios, para proteger a los que de buena fe, y confiando en la inscripción practicada, adquirieron antes de ser declarada la nulidad, derechos reales de las personas que aparecían en el Registro con facultad para constituirlos o trasmitirlos, siempre que los adquirentes hubiesen también inscrito antes de dicha declaración".

El comentario que formula al artículo 33, conforme al cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, es también interesante para nuestro estudio, y dice así: "La declaración del artículo 33 es una consecuencia del sistema inmobiliario aceptado por el legislador. Supeditada la inscripción al título, si éste es nulo, ya por razón del contrato o de la obligación en él contenida, ya por razón de la trasmisión y su consiguiente adquisición, la inscripción es en principio nula también, puesto que ni añade ni quita nada al título. Esta es la Regla. El artículo 34 señala, sin embargo, el verdadero alcance de esa regla. Mientras el derecho continúa según el Registro, en la misma persona que inscribió el acto nulo, el artículo

33 se aplica con todo su rigor; declarada la nulidad, el asiento se anula, no ha existido legalmente nunca, quedando por lo mismo vigentes los asientos anteriores con la fuerza que tenían antes de que el acto nulo se inscribiese. Pero si la finca o el derecho se han transmitido a tercero, y el acto ha sido inscrito, el tercero que ha adquirido bajo la garantía del Registro, merece respeto con arreglo al mismo sistema de la ley, y de aquí el precepto del artículo 34 que debemos examinar". (Morell y Terry, t. II, págs. 611 y 612).

3.—*El problema de los terceros para los efectos del Registro Público de la Propiedad.*—Este problema plantea la siguiente cuestión fundamental: *¿Quiénes no pueden prevalerse de la falta de inscripción respecto a la transferencia de derechos reales?* Tiene gran interés determinar qué personas no pueden prevalerse de la falta de registro, en todos aquellos casos en que la ley ordena la inscripción de actos jurídicos o derechos, para que surta efectos en perjuicio de tercero. En otras palabras, vuelve aquí a presentarse el importante problema de determinar qué debe entenderse por tercero para los efectos del Registro. Para el problema relativo a la costitución o trasmisión de derechos reales inmobiliarios o mobiliarios sesceptibles de registro, el tema tiene gran interés debido a que si se omite la inscripción, habiéndose operado ya la transferencia entre las partes con las formalidades legales, será necesario resolver cuáles son las consecuencias de esa omisión, analizando el problema en relación con dos órdenes de personas.

a) Respecto a los que tengan adquirido algún derecho real sobre los bienes de que se trate.

b) En cuanto a aquellos que no tengan ningún derecho real sobre esas cosas.

Evidentemente que con relación a los terceros con derecho real debidamente registrado, no puede surtir efectos la transferencia operada sobre un cierto derecho real constituido en relación con los mismos bienes, pues tratándose de un acto que conforme a la ley debe inscribirse, la omisión de este requisito impedirá su oponibilidad frente a aquellos que tengan adquirido un interés jurídico concreto sobre la cosa o bien de que se trate, merced a un gravamen o derecho real existente a su favor.

El problema tiene importancia en relación con aquellos terceros que no tienen adquirido ningún derecho real o gravamen, pues éstos carecen de interés jurídico concreto para prevalerse de la no inscripción en el Registro Público de la Propiedad, respecto de un acto re-

gistrable. En nuestro caso, relativamente a la constitución de la hipoteca o a la constitución o trasmisión de derechos reales.

Estos terceros desde luego son los acreedores quirografarios, pues ellos no tienen en relación con los bienes determinados de su deudor, ningún gravamen o interés concreto. No incluimos aquí a los acreedores quirografarios con embargo, debido a que en nuestro concepto, el embargo sí crea un derecho real y, por lo tanto, una vez inscrito, antes de que se hubiere enajenado el inmueble por el ejecutado, da a su titular el carácter de tercero para los efectos del registro, a fin de que no le sea oponible una trasferencia de derechos reales que no hubiere sido registrada. Frente a los acreedores comunes o quirografarios el adquirente de esos derechos reales puede ostentarse como tal, especialmente si lo es de la propiedad, aun cuando no haya inscrito su acto de adquisición. De esta manera podrá impedir que los acreedores comunes pretendan embargar el bien inmueble que ha pasado a su dominio, aun cuando no conste del Registro Público. También el usufructuario o cualquier titular de un derecho real de aprovechamiento, podrá oponer su carácter de adquirente de tales poderes jurídicos o facultades frente a los acreedores comunes, a fin de que éstos reconozcan su carácter y no le impidan ejecutar los actos inherentes al disfrute de su derecho, aun cuando tales acreedores tengan la posesión derivada por virtud de los contratos de depósito, comodato, arrendamiento, mandato, etc.

Para evitar un mal entendimiento en cuanto a la tesis que hemos sostenido respecto a que el embargo origina derechos reales, y las conclusiones que anteceden, es indispensable observar lo siguiente: el acreedor embargante sólo puede asegurar bienes de su deudor en el momento de la diligencia. Por consiguiente, cuando en el momento del embargo dichos bienes se han trasmitido a terceros o han sido gravados por algún derecho real, no podrá secuestrarlos en el primer caso o tendrá que estar y pasar por los gravámenes constituidos. Partimos de la base de que aún el acreedor no había practicado el embargo cuando se ejecutaron aquellos actos de enajenación total o parcial, y por lo tanto, le serán oponibles aun cuando no se hubiesen registrado.

En cambio, si el acto de enajenación se lleva a cabo después de que el embargo quedó registrado, evidentemente que el embargante será considerado como titular de un derecho real y no le será oponible esa enajenación. Por el contrario, si se acepta la tesis de que el embargo registrado no da un derecho real, de tal manera que el embargante continúa como acreedor quirografario, su deudor podría disponer de los

bienes embargados o constituir gravámenes sobre los mismos, siendo oponibles tales actos a aquél, dado su carácter de acreedor común. Merced a la distinción que antecede, podemos sostener, sin incurrir en contradicción, la tesis de que el embargo crea un derecho real y, al propio tiempo, que los acreedores quirografarios antes del embargo no pueden considerarse como terceros para los efectos del registro ni prevalerse de la falta de inscripción, alegando que no le son oponibles las enajenaciones o gravámenes realizados por su deudor.

Los Sistemas de Registro Público, trabajo presentado por Borja Soriano ante el Congreso Jurídico Nacional en la "Revista General de Derecho y Jurisprudencia", Año III, abril-junio, 1932, nº 2, págs. 179y 181.

Es oportuno observar que la finalidad del embargo provisional vendría por tierra, perdiendo todo objeto y sentido esta medida precautoria, si después de practicado el secuestro y registrado pudiera enajenarse libremente el bien, a efcto de que pasara sin ese gravamen al adquirente. La regulación que hace el Código Procesal de las providencias precutorias, tiene por objeto impedir, entre otras cosas, que se oculten o enajenen los bienes del deudor, cuando haya de ejercitarse acción personal y no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia. Atendiendo a la finalidad de protección del acreedor ante un peligro inminente de venta respecto de los únicos bienes de su deudor, es indiscutible que la Ley Procesal da como supuesto el hecho de que embargados precautoriamente tales bienes, si el deudor dispone de ellos, pasarán con el embargo al adquirente. Razonar de otra manera sería tanto como imputar al legislador la ligereza imperdonable de crear una institución jurídica para garantizar al acreedor y, al propio tiempo, negarle esa tutela en el único caso en donde tiene sentido concederla. Procede considerar aquí que el embargo precautorio es una institución procesal creada ex profeso para proteger al acreedor ante el incumplimiento posible del deudor y ante el peligro de insolvencia por la enajenación de los únicos bienes que posea. En el Derecho Civil, a su vez, se han establecido como instituciones protectoras del acreedor, para los mismos peligros, las siguientes: acción pauliana, acción de simulación, acción oblicua, derecho de retención y concurso de acreedores. En este último, la finalidad no está orientada a prevenir, sino a remediar los males de la insolvencia, a través de un sistema regulador que establece jerarquías o clases de acreedores, para que puedan pagarse en la medida que lo permitan las posibilidades del deudor.

4.—*Formalidades del registro de las hipotecas.*—Para estudiar las formalidades de la hipoteca en el Código vigente, es necesario analizar primero el sistema anterior, que comprende dos períodos: el primero de 1870 a 1917, y el segundo de 1917 al Código Civil vigente.

Desde 1870 hasta 1917 se admitió el principio de que la hipoteca no surtía efecto legal alguno, sino mediante su registro, es decir, se consideró que el registro era una solemnidad para la constitución de la hipoteca, y a su vez, se dispuso que no podía inscribirse o registrarse ninguna hipoteca que no estuviera otorgada en escritura pública. De aquí resultaba que no sólo el registro era una solemnidad, sino que también su antecedente necesario, o sea, el otorgamiento de la hipoteca en escritura pública. Se consideraba como una solemnidad, en virtud de que la hipoteca no llegaba a existir, si no se cumplían esas dos formas.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 91 y 92.

A partir del 3 de abril de 1917, por un decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, se reformó el artículo respectivo, 1889, del Código Civil de 1884, y se dispuso que la hipoteca no surtiría efecto legal contra tercero, sino a partir de la fecha de su inscripción. Al hacer la reforma de este artículo no se modificó el 1857 que estatuía: "La hipoteca nunca es tácita, ni general; para *subsistir* necesita siempre de registro". No obstante, es tan clara la intención del legislador de 1917, al indicar que la hipoteca no producirá efecto legal contra tercero, sino a partir de su registro, que no por el hecho de que hubiere continuado vigente el artículo 1857, pudiera entenderse que esa formalidad era reputada como una solemnidad necesaria para que la hipoteca surtiera efectos con respecto a las partes. Además dentro del término "subsistir" no se indica necesariamente la existencia del acto jurídico en cuanto a sus elementos esenciales.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 92 y 93.

Finalmente, a partir del primero de octubre de 1932, fecha en que entró en vigor el Código Civil actual, se determina claramente que la hipoteca necesita ser inscrita para que surta efectos contra tercero, y ya no se reproduce el artículo 1857 del Código de 1884, que suscitaba una duda al indicar que la hipoteca para subsistir necesitaba siempre de registro. Simplemente se dice en el artículo relativo: "La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita

siempre de registro". Ya aquí con toda claridad tenemos determinado el alcance de la inscripción.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 94 y 95.

5.—*Publicidad de las hipotecas.*—Pasaremos ahora, al estudio de la publicidad de las hipotecas.

Antecedentes históricos y legislación vigente. En la Nueva España hasta el año 1778, tanto el régimen relativo a las hipotecas, como a los actos traslativos de dominio, constitutivos de derechos reales, o que implicaban una modificación en la propiedad de inmuebles, permaneció como sistema oculto. Los terceros interesados en adquirir o en constituir derechos reales sobre inmuebles, no podían tener nunca la seguridad de que el enajenante, o bien aquél que constituia el derecho real, era propietario de ese inmueble; tampoco podían tener la seguridad respecto a los gravámenes que pesaban en relación con ellos. Por este motivo se consideró necesario, no sólo para la Nueva España, sino también para todas las colonias españolas, crear el oficio de hipoteca que pudiera darle publicidad a estos actos, mediante la constitución de registros. Estos oficios se constituyen por Real Cédula de nueve de mayo de 1778. Cinco años más tarde, en 1783, se regulan esos oficios con la particularidad de vendibles, es decir, como oficios particulares que podían ser objeto de enajenación. Conforme a este sistema se rigió a partir de 1778. la inscripción de las hipotecas en la Nueva España.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 95 y 96.

También hubo, el diecisiete de septiembre de 1784, una Instrucción por el Fiscal de la Real Hacienda, que se aprobó por la Real Audiencia de México, y vino a fijar reglas para la inscripción de las hipotecas.

6.—*Registro de la hipoteca.*—En el Código Civil vigente se estatuye que todo aquel que tenga interés jurídico en la inscripción del acto, derecho o contrato de que se trate, podrá solicitar ante el Registro dicha inscripción, e inclusive, puede hacerlo el Notario encargado del otorgamiento de la escritura. (Art. 3018). Ya conforme a este precepto, se concede una mayor amplitud respecto a las personas que pueden solicitar el registro de aquellos actos que conforme a la ley requieren este requisito. No sólo pueden hacerlo el titular del derecho real, o las partes en el contrato o acto que modifica el dominio, sino también todo aquel

que tenga interés jurídico para asegurar el derecho real objeto de la inscripición.

El Código Civil vigente viene a crear un sistema nuevo respecto al modo de hacer el registro. En el anterior se disponía, por lo que toca a las hipotecas, que éstas surtían sus efectos desde la inscripción pero que las presentadas dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, se tenían por inscritas desde la fecha de éste; de esta suerte se concedía un término de quince días entre el otorgamiento y la fecha de su registro, y se consideraba que todas aquellas hipotecas presentadas dentro de los quince días citados, surtían sus efectos, por lo que toca a la inscripción, a partir de la fecha misma de la escritura.

Este sistema tenía la ventaja de que se concedía un plazo perentorio al acreedor para que hiciera la inscripción, porque podría suceder que otro acreedor posterior se le anticipase, lo cual sería injusto, pero al mismo tiempo, tenía el inconveniente de que durante ese plazo de quince días, permanecía oculta la hipoteca, con la posibilidad de que surtiera efectos, no desde su presentación en el Registro, sino desde su otorgamiento, en perjuicio de terceros que hubieren procedido de buena fe, tomando en cuenta que en el Registro no había ningún gravamen. Por esta razón, en el Código Civil vigente se crea un sistema para el registro en general de los actos de dominio sobre inmuebles, el cual viene a conciliar los intereses, tanto de aquellos titulares de derechos reales como de los terceros de buena fe. Según este sistema preventivo, todo notario que autorice una escritura en que se adquiera, se trasmita, modifique o extinga el dominio o posesión de bienes raices o en la que se haga constar un crédito que tenga preferencia desde que sea registrado, debe dar un aviso preventivo al Registro Público de la Propiedad, para que se anote el margen de la inscripción de propiedad, que se ha practicado dicho acto. La nota marginal debe hacerse por el registrador, sin costo alguno, y la inscripción definitiva de la escritura de que se trate, debe realizarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la misma, en cuyo caso surtirá efectos contra tercero, desde que se hizo la anotación marginal; si no se ejecuta, entonces la inscripción sólo surtirá efectos a partir de la fecha en que se haga la presentación del testimonio correspondiente. Con este sistema quedan garantizados los intereses de todos, pues los terceros de buena fe pueden tener conocimiento de los actos que afectan el dominio de los inmuebles, y al mismo tiempo, se concede un plazo razonable a los titulares de los derechos reales que vayan a inscribirse, para que puedan

hacer la inscripción y surta ésta sus efectos desde la anotación preventiva. Artículo 3018 del Código Civil.

Messineo, ob. cit., IV, págs. 105 y 106.

7.—*Nulidad de la inscripción hipotecaria.*—En el Código Civil anterior se regulaban tres casos de nulidad de la inscripción hipotecaria:

1.—Cuando se hacía el registro en libros distintos de los correspondientes a la ubicación del inmueble; ya que toda hipoteca debe inscribirse en los libros del Registro correspondiente a la ubicación de los bienes.

2.—Por inscripción de una escritura de hipoteca que no contenía el certificado de libertad de gravámenes del Registro Público de la Propiedad.

3.—Cuando se presentaba una escritura que no contenía los datos a que nos hemos referido.

Actualmente, el registrador debe cumplir una serie de requisitos, de tal manera que no desempeña un papel pasivo para la inscripción. El registrador debe cerciorarse que el título que se le presenta es de aquellos que conforme a la ley necesitan registro, es decir, que se trata de un acto, contrato o derecho, que para que surta efectos contra tercero, necesita inscribirse en el Registro Público de la Propiedad. En segundo lugar, debe ver que el documento tenga todas las formalidades extrínsecas exigidas por la ley; tratándose de hipotecas, ya hemos dicho que deben constar en escritura pública cuando excedan de quinientos pesos, o en documento privado cuando no lleguen a esa cantidad, debiendo ser en este último caso, un documento auténtico, por ratificación de las firmas ante el juez de paz o encargado del Registro correspondiente. Finalmente, en el Código actual se establece, como obligación del registrador para proceder a la inscripción, el revisar que el título contenga todas las enunciaciones exigidas por el artículo 3021 del Código Civil, o sea, toda esa serie de requisitos de que hemos tratado. En el mismo artículo 3021 se imponen estas distintas obligaciones del registrador.

En el Código Civil vigente no se estatuye, como en el anterior, la nulidad de la inscripción en los tres casos arriba enumerados. Se impone, en cambio, la obligación del registrador de indemnizar por los daños y perjuicios que se causen, cuando haga una inscripción indebida, esto es, una inscripción que no reuna los requisitos antes mencionados. Se discute actualmente, si la falta de esos requisitos puede originar la nulidad de la inscripción. El problema ha cambiado, en vir-

tud de que cuando el registrador se niega a hacer la inscripción, porque no comprenda los requisitos a que se refiere el artículo 3021 del Código Civil, de todas maneras está obligado a hacer una anotación preventiva; en la inteligencia de que sólo hará la inscripción definitiva, si el juez resuelve que el título contiene todos los requisitos necesarios para su inscripción; en este caso, la anotación preventiva surte efectos desde su fecha y no quedan perjudicados los derechos del que presentó el título; pero no surtirá efectos, si se resuelve por el juez, que la escritura no contiene todos los requisitos. Al no hacerse el registro definitivo, se impide la posibilidad de las inscripciones nulas, supuesto que siempre quedará a la calificación judicial, resolver si procede o no la inscripción y al mismo tiempo, quedan protegidos los derechos de terceros mediante la inscripción preventiva. Lo que en el Código Civil de 1884 se resolvía por un juicio de nulidad de inscripción, en el vigente, siguiendo la misma idea de la inscripción preventiva, se decide por una anotación provisional y se deja a la resolución judicial la calificación final, respecto a los requisitos que debe llenar el título para su inscripción.

CAPITULO V

Formas de Constitución y Elementos de Validez de la Hipoteca

1.—*Formas de constitución de la hipoteca.*—La hipoteca puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral y ley.

Las tres primeras formas dan lugar a la hipoteca voluntaria, la última a la necesaria o legal.

Trataremos sucesivamente el problema relativo a los elementos de validez en las hipotecas voluntarias y legales, y en cuanto a las primeras haremos la distinción de hipotecas constituidas por contrato y por acto jurídico unilateral. A propósito de este último tema nos referimos también a la validez de los documentos civiles a la orden y al portador, que contengan la constitución de hipoteca, para garantizar las obligaciones consignadas en los mismos. También mencionarse la interesante cuestión relacionada con las cédulas hipotecarias y su desarrollo en el moderno sistema hipotecario.

En cuanto a la constitución de la hipoteca a través de las distintas formas mencionadas, encontramos analogía con la constitución del usu-

fructo y de los derechos reales en general, ya que el primero puede constituirse por contrato, testamento, acto unilateral, ley y prescripción.

La hipoteca no admite como fuente a la prescripción, en virtud de que lógicamente no pueden darse los supuestos jurídicos para la constitución del citado gravamen real. Como no se desposee al deudor, bajo ningún título o concepto podría el acreedor ejercitar un derecho ostentándose como si tuviera la hipoteca, para gozar de ella en forma continua, pacífica, pública y en el carácter de verdadero titular del gravamen.

2.—*Hipotecas voluntarias.*—El artículo 2920 del Código Civil vigente, estatuye que: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen". En la primera parte del precepto se definen las hipotecas constituidas por contrato, es decir, aquellas que se contraen por voluntad de las partes en los convenios, según dice el artículo antes citado y el 2919, a diferencia de las hipotecas impuestas por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados, las cuales se llaman hipotecas necesarias o legales. La segunda parte del artículo 2920 se refiere a las hipotecas constituidas por acto unilateral, o sea por disposición del dueño de los bienes sobre los cuales se constituye el garavamen. En este caso se admiten las hipotecas constituidas por testamento y por declaración unilateral, que surtirá sus efectos durante la vida del emitente.

En las hipotecas testamentarias prescribe el artículo 1448 que: "Por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, o exigible desde luego el que lo sea a plazo; pero esta mejora no perjudicará en manera alguna los privilegios de los demás acreedores".

3.—*Elementos esenciales en la hipoteca.*—En las hipotecas voluntarias, son elementos esenciales la manifestación de voluntad (consentimiento en las constituidas por contrato) y objeto jurídica y físicamente posible, o sea que el bien exista en la naturaleza, sea determinado y esté en el comercio. Aplicamos simplemente las disposiciones generales contenidas en el artículo 1825: "La cosa objeto del contrato debe: I.—Existir en la naturaleza. II.—Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. III.—Estar en el comercio."

Aplicando los pricipios referentes a la posibilidad física y jurídica del objeto, diremos que la hipoteca será inexistente por imposibilidad física, cuando la garantía recaiga sobre una cosa que no exista,

y será inexistente por imposibilidad jurídica cuando la cosa no esté en el comercio, o no sea determinada. El artículo 2224 confirma lo anterior, al estatuir que el acto jurídico es inexistente por falta de objeto que pueda ser materia de él.

4.—*Elementos de validez en la hipoteca.*—Estudiaremos principalmente la forma y la capacidad en virtud de que tienen características especiales. Haremos también referencia a la ilicitud en el objeto, fin o condición tanto del contrato como del acto unilateral constitutivo del gravamen.

G. Marty, Derecho Civil, Garantías Accesorias, traduc. de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, págs. 127 y 128.

5.—*Formalidades en la constitución de la hipoteca.*—El problema de la forma en la constitución de la hipoteca, está minuciosamente reglamentado, tanto en lo que se refiere a los documentos necesarios para la validez de la misma, como en todo lo relativo a los requisitos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, que en el Código vigente han quedado comprendidos en las disposiciones generales referentes a toda clase de actos o documentos que sean objeto de inscripción. En cambio, en el Código anterior se consagraba un capítulo especial al registro de las hipotecas, bajo una reglamentación minuciosa que comprendía los artículos 1889 a 1916. Asimismo, en otro capítulo por separado, se trataba de la cancelación de las hipotecas, artículos 1917 a 1924.

6.—*Hipotecas necesarias.*—Las hipotecas necesarias son aquellas que tienen obligación de otorgar las personas que administran bienes ajenos, para responder de la administración de los mismos, o bien aquéllas hipotecas que debe otorgar el deudor al acreedor para asegurar ciertas deudas.

En el Código anterior se consideraban dos clases de hipotecas necesarias: primero, aquellas que deberían otorgar ciertos administradores de bienes ajenos para garantizar su manejo, como obligación de los mismos administradores; y segundo, las que tenían derecho a exigir ciertos acreedores, para garantía de sus créditos. En tanto que las primeras implicaba una obligación de aquellos que administraban bienes ajenos las segundas implicaban un derecho de ciertos acreedores para obtener la garantía de sus créditos, pero si no se hacía uso de este derecho, la hipoteca no llegaba a otorgarse.

En el artículo 2931 del Código Civil vigente, se reúnen esas dos clases en una sola forma de hipoteca necesaria, imponiendo en todo caso, tanto a los administradores de bienes ajenos como a determinados deudores por ciertos créditos, la obligación de constituir hipotecas sobre sus bienes para garantizar, bien sea ese manejo o los créditos de los cuales fueren deudores.

En el Código actual se han modificado los casos que originan la constitución de la hipoteca necesaria; simplemente se admiten como tales, los siguientes: 1.—Hipoteca otorgada por los tutores para la garantía de los bienes de sus pupilos; 2.—Hipoteca otorgada por los que ejercen la patria potestad, para garantizar los bienes de sus descendientes; 3.—Hipoteca otorgada para garantizar los legados, sobre los bienes de la herencia; 4.—Hipoteca que debe otorgar el copartícipe en una sucesión para garantizar, bien sea el exceso recibido o los de saneamiento motivado por evicción; y 5.—Hipoteca que deben otorgar los administradores de bienes del Estado o de los Municipios, para responder de su manejo.

En el Código Civil anterior se reconocían dentro de las hipotecas necesarias, pero como derecho de los acreedores para exigir su constitución, los siguientes casos: 1.—Hipoteca que debía otorgar el comprador para garantizar el precio al vendedor; 2.—Hipoteca que debía otorgar el permutante para garantizar la diferencia de valores en los bienes permutados; y, 3.—Hipoteca que debía otorgar el condenado por sentencia definitiva, para garantizar la ejecución de la misma. Estos tres casos han sido suprimidos en el Código Civil vigente. Véanse además los artículos 1875 y 2235 del mismo ordenamiento.

7.—*Hipotecas constituidas por acto unilateral.*—El acto jurídico unilateral ha adquirido gran interés en el derecho civil moderno, en virtud de que además de que algunos códigos ya reconocen determinadas formas específicas para crear obligaciones por declaración unilateral de voluntad, la tendencia se orienta en el sentido de reconocer un mayor alcance a esa fuente.

En cuanto a la hipoteca, como derecho real de garantía, es indiscutible que el acto jurídico unilateral por sí solo es bastante para generar el derecho, independientemente de la voluntad del acreedor, o la del deudor, cuando el gravamen se otorga para garantizar una deuda ajena, cosa que puede llevarse a cabo con o contra la voluntad del obligado. Conforme al artículo 2920 del Código en vigor: "Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen". Evidente-

mente que al distinguir el precepto entre las hipotecas convenidas entre partes o impuestas por el dueño, se refiere a las hipotecas que tienen su fuente en el contrato o en la declaración unilateral de voluntad, comprendiendo en estas últimas, tanto las que el dueño del bien gravado impone para garantizar su propia deuda, como las que constituye para asegurar una deuda ajena.

Alfonso de Cossío y Corral, Lecciones de Derecho Hipotecario, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945, págs. 212 y 213.

8.—*Hipotecas constituidas para garantizar obligaciones a la orden y al portador.*—El artículo 2926, expresamente acepta tal posibilidad al estatuir *que "Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden,* puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. *La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador,* se trasmitirá por la simple entrega del título, sin ningún otro requisito".

Conforme al artículo citado, puede constituirse hipoteca para garantizar obligaciones a la orden o al portador, originadas por un título de crédito; o bien, tal gravamen puede originarse para garantizar obligaciones a la orden o al portador, estipuladas en documentos civiles de esta naturaleza, cuya expedición expresamente reconoce el artículo 1873 del Código Civil, y que en nuestro concepto continúa vigente, lo mismo que los demás artículos correlativos (1874 a 1881, 2032 a 2035 y 2926 del Código Civil vigente), por las razones que ya expusimos al tratar de este problema en el t. III, págs. 218 a 222.

9.—*Cédulas hipotecarias.*—Es el sistema hipotecario alemán, el que primero viene a reglamentar en forma sistemática y técnica lo relativo a la expedición de cédulas hipotecarias, con características que debemos diferenciar de los títulos que con igual nombre se encuentran regulados por nuestro derecho.

A este respecto Nussbaum en la obra a que ya nos hemos referido, trata de la importancia que tiene en el derecho hipotecario alemán, la cédula hipotecaria, en los términos siguientes: "Ordena el artículo 1116 ap. 1o. Cód. Civ. que de cada hipoteca se extienda una "cédula" o título que la represente. No es sólo, en el propósito de la ley, un medio de prueba, sino una medida con la que se tiende a facilitar el tráfico hipotecario e imprimir mayor circulabilidad a la hipoteca, desvinculándola del Registro. De este modo, puede cederse mediante endoso y entrega del título, resultando con ello suficientemente salvaguardada la buena fe del cesionario, si se demostrase libre de máculas el

derecho de su antecesor. Y como no es menester, para la adquisición de tales hipotecas, que éstas se transcriban en el Registro, la ley —como correctivo contra posibles abusos— autoriza al propietario para oponerse a que se hagan efectivos los derechos hipotecarios si el pretendido hipotecarista no exhibe la cédula correspondiente (art. 1160 ap. 1o.); este recurso le permite, principalmente, rechazar las intimaciones y requerimientos (art. 1160 ap. 2o.), así como las acciones que contra él entable..." "La Ley, sin embargo, condiciona el ejercicio de casi todos los derechos hipotecarios a la tenencia de la cédula. *Encarnando en esta el derecho material; es decir, la cédula hipotecaria viene a constituir lo que en la técnica usual llamamos un "título de crédito"*, aunque no tan perfecto, naturalmente, como una carta de crédito al portador o una letra de cambio (Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, págs. 67 a 69).

La cédula hipotecaria que autoriza el Código Civil alemán, tiene por tanto las características de un documento nominativo o a la orden, en el cual se hacen constar los datos esenciales de la hipoteca, añadiéndose a la cédula el documento original en el cual consta la obligación garantizada, y en los casos en que ésta proviene de un contrato, basta con hacer un extracto en el que consigne lo esencial de la obligación.

Tiene gran interés aceptar que en nuestro derecho es posible emitir documentos civiles a la orden o al portador, con garantía hipotecaria, pues esto permitiría que los particulares, sin la intervención de una institución de crédito, pudieran emitir cédulas hipotecarias. Conforme al artículo 14 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "Los documentos y los actos a que este título se refiere, sólo producirán los efectos previstos por el mismo, cuando contengan las menciones y llenen los requisitos señalados por la ley y que ésta no presuma expresamente. La omisión de tales menciones y requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto".

De acuerdo con lo expuesto, concluimos que sí es posible conforme al Código Civil vigente, expedir verdaderas cédulas hipotecarias en forma semejante a las del derecho alemán, es decir, por la totalidad de la prestación garantizada, con la circunstancia de que estos documentos pueden ser a la orden o al portador, transfiriéndose sin que sea menester la notificación al deudor, ni el registro. Como después veremos al hablar de las cédulas hipotecarias que pueden expedirse con la intervención de ciertas instituciones de crédito, estos títulos consagran una garantía real por una cantidad determinada que repre-

senta una parte a fracción de una obligación principal, generalmente un préstamo, concertado entre el emitente de las cédulas, como deudor y la institución como acreedora. De esta manera las cédulas hipotecarias se expiden por las cantidades de cien, mil o cinco mil pesos.

10.– *Las cédulas hipotecarias.*– Decía el artículo 38 de la anterior Ley General de Instituciones de Crédito: "Las cédulas hipotecarias tendrán el carácter de títulos de crédito a favor de cada tenedor por su participación en el crédito hipotecario de que se trate, y conferirán al tenedor respectivo el derecho de deducir individualmente su acción, en la vía ejecutiva mercantil, contra el deudor o contra la institución que garantice la emisión, para reclamar las cantidades debidas, previo protesto levantado, en todo caso, contra la institución garantizadora.

Las cédulas hipotecarias podrán ser emitidas a plazo máximo de veinte años, expresarán las condiciones de reembolso del crédito a que se refieren, devengarán el interés que se pacte y se someterán, en las condiciones del crédito y de la garantía, a las normas y limitaciones establecidas en el artículo 36 de esta Ley.

Las cédulas y las acciones que de ellas deriven prescribirán: en los tres años, a partir de la fecha del vencimiento, cuando se trate de los cupones de interés o de intereses y capital representado en el mismo cupón; y a los cinco años, contados desde la fecha de su respectivo vencimiento o desde aquella en que haya sido publicada la lista de las cédulas designadas en el sorteo, cuando se trate de cédulas vencidas o sorteadas".

De lo expuesto se desprende que las cédulas hipotecarias son títulos de crédito, y en consecuencia, toda la teoría general relativa a los mismos, es aplicable a las cédulas, uniéndose de esta suerte en un mismo documento las ventajas del título de crédito y de la hipoteca.

En nuestro derecho las cédulas hipotecarias constituyen una feliz combinación de las ventajas y facilidades inherentes al título de crédito y a la hipoteca. De esta suerte, las cédulas son títulos de crédito, como decía el artículo 38 de la Ley General de Instituciones de Crédito, y desde el punto de vista financiero y económico tienen la grandísima ventaja de circular en el mercado, de la misma suerte que las "obligaciones" o las "acciones".

La cédula representa una parte ideal o alícuota del crédito hipotecario, de tal suerte que se hacen divisiones del mismo en valores de

cien, mil o cinco mil pesos, generalmente. El derecho hipotecario va incorporado al título, quien tiene además las características de literal, autónomo y necesario para ejercitar la facultad contenida en el mismo.

Las cédulas pueden ser nominativas, a la orden o al portador, facilitándose de esta suerte su circulación.

En la anterior Ley General de Instituciones de Crédito, los artículos 34 a 39 reglamentaban lo referente a las "sociedades de crédito hipotecario", consagrándose el artículo 35 a los bonos hipotecarios, y el 38 a las cédulas hipotecarias. En la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito no existe una reglamentación al respecto, como era debido, dada la importancia enorme de esta especial clase de títulos.

Respecto a la fuente jurídica de la obligación contenida en los citados títulos hipotecarios, es indiscutible que lo es la declaración unilateral de voluntad del que emite la cédula, con la intervención de una sociedad de crédito hipotecario. Así se hace constar en la escritura respectiva, de la cual daremos una idea posteriormente.

El papel que jugaba la sociedad de crédito hipotecario en relación con las cédulas, era simplemente el de garantizar la emisión de las mismas, como lo disponía el artículo 34 de la Ley General de Instituciones de Crédito, a diferencia de lo que acontece respecto a los bonos hipotecarios, ya que éstos son emitidos directamente por la institución, y quedan cubiertos con el activo de la misma que consista en préstamos o créditos con garantía en los términos del artículo 36, o en cédulas y bonos hipotecarios emitidos por instituciones similares. De esta suerte, por lo que toca a las cédulas, es necesaria la intervención de una sociedad de crédito hipotecario, para que preste su aval, garantizando así los títulos.

11.—*Capacidad en la constitución de la hipoteca.*—Según un principio general, sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar, y sólo pueden enajenar los que tengan el dominio de los bienes o derechos, o la autorización legal para llevar a cabo actos de dominio, por virtud de la representación jurídica.

G. Marty, ob. cit., págs. 140 y 141.

El artículo relativo del Código vigente, 2906, dice: "Sólo puede hi-

potecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados, los bienes que pueden ser enajenados". En el Código anterior existía un artículo de alcance más general, el 1853, concebido así: "Nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que esté sujeto su derecho de propiedad".

Debemos relacionar el artículo 2906 del Código vigente con los preceptos relativos a la compraventa, en cuanto al requisito de tener el dominio o propiedad, para poder pisponer de un bien, ya que la hipoteca supone una enajenación parcial. De esta suerte, aplicamos por analogía del artículo 2269, en el sentido de que: "Ninguno puede vender (hipotecar) sino lo que es de su propiedad", y el artículo 2270: "La venta (hipoteca) de cosa ajena es nula, y el vendedor (o constituyente de la hipoteca) es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe".

12.—*Casos especiales que se presentan en relación a la capacidad para hipotecar.*—En relación con la capacidad para hipotecar, encontramos los siguientes casos especiales:

I.—Hipoteca de cosa ajena.
II.—Hipoteca constituida por el propietario aparente.
III.—Hipoteca constituida por el propietario cuyo título es declarado nulo.
IV.—Hipoteca constituida por el donatario, cuando sobreviene la revocación de la donación.
V.—Hipoteca constituida por el propietario cuyo dominio es revocable, o está sujeto a término o condición.

13.—*Hipoteca de cosa ajena.*—La hipoteca constituida sobre cosa ajena es nula, porque viola un precepto prohibitivo, el de que nadie puede hipotecar sino lo que es suyo; en el Código de 1884 se decía que esta nulidad era absoluta. Un precepto expreso, el artículo 1847, así lo disponía: "La hipoteca constituida por el que no tenga derecho a hipotecar, no convalecerá aunque el constituyente adquiera después el derecho de que carecía".

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 88 y 89.

El Código vigente, al aplicar para este caso la misma regla que para la venta de cosa ajena, deroga el art. 1847 del anterior, y acepta que

dicha hipoteca puede convalidarse por la adquisición posterior de la cosa. La anterior conclusión no la derivaremos de un precepto expreso, sino de un razonamiento: a la hipoteca se aplican las reglas generales de la compraventa en cuanto a la enajenación; ahora bien, la compraventa de cosa ajena se halla afectada de una nulidad sujeta a convalidación; por consiguiente, lógicamente, por analogía y por mayoría de razón, la hipoteca de cosa ajena también deberá seguir igual suerte.

14.—*Hipotecas constituidas por el propietario aparente.*—En primer lugar, tenemos la hipoteca constituida por el heredero aparente; éste es el que entra en posesión de la herencia, de buena fe, y posteriormente, por declararse su incapacidad, o la nulidad o caducidad del testamento, pierde dicha herencia; en el ínterin pudo haber enajenado, gravado o hipotecado los bienes hereditarios; pues bien, los contratos, enajenaciones e hipotecas serán válidos, y el heredero legítimo sólo tendrá derecho a la indemnización: se sigue la regla de que los intereses de terceros de buena fe son superiores, o sea, el principio de la seguridad dinámica. Art. 1343: "Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad y aquél con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá, mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios".

Puede ser que el enajenante, cuya enajenación no se inscriba en el Registro Público, constituya hipoteca después de dicha enajenación; es entonces un propietario aparente, puesto que ya vendió, pero el bien todavía aparece registrado a su nombre: en protección a terceros se considera que las hipotecas que constituya en esas condiciones, son válidas.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, pág. 89.

Si el que enajenó aparece todavía como propietario en el Registro Público, debido a un descuido del notario o del adquirente, y constituye hipoteca sobre el mismo bien, en cuanto a los terceros será válida dicha hipoteca, pero el constituyente incurre en responsabilidad penal por fraude.

G. Marty, ob. cit., págs. 137 y 138.

15.—*Hipotecas constituidas por el propietario cuyo título es declarado nulo.*—Prevalece el sistema general de protección a terceros de buena fe, es decir, cuando se declara la nulidad del título de propiedad

del constituyente de la hipoteca, dicha nulidad no perjudica a terceros que, fundados en el debido registro del título, aceptaron la hipoteca como garantía de un crédito. El Código contiene esta solución en el art. 3009: "El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley".

En la parte final se citan tres casos en los que ya no se siguen la regla general:

1.—Cuando las causas de nulidad resultan del registro mismo, pues siendo ostensibles, el tercero debe conocer la nulidad, y se presume que si acepta la hipoteca, ya no obra de buena fe;

2.—En los actos ilícitos, es obvio que la regla general es inaplicable;

3.—En los contratos gratuitos: porque se considera de más calidad el interés del propietario, por no haber lesión en el patrimonio del tercero, ya que adquirió a título gratuito.

16.—*Hipotecas costituidas por donatarios.*—El Código protege también en este caso a los terceros adquirentes de buena fe: art. 2363: "Si el donatario hubiere hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca; pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima. Esto mismo tendrá lugar tratándose de usufructo o servidumbre impuesto por el donatario", artículo 2371: "Es aplicable a la revocación de las donaciones hechas por ingratitud, lo dispuesto en los arts. del 2361 al 2364":

Siempre que se revoque la donación por superveniencia de hijos o por ingratitud, si el donatario no ha constituido gravámenes, y los bienes donados están íntegrados en su poder, se reintegran al donante; pero si los bienes han sido gravados, enajenados o hipotecados, dichos gravámenes e hipotecas subsisten, pero tiene derecho el donante de exigir al donatario que redima la hipoteca; esta facultad dependerá de la solvencia del donatario.

17.—*Hipotecas constituidas por el propietario cuyo dominio es revocable o está sujeto a términos o a condición.*—Se aplica la regla general del artículo 1853 del Código anterior: "Nadie puede hipote-

car sus bienes sino con las condiciones y limitaciones a que esté sujeto su derecho de propiedad"; este artículo ya no es reproducido por el Código vigente, pero por su contenido lógico subsite, lo acepta la doctrina, y es de aplicación estricta: si el dominio es revocable, la hipoteca está sujeta a revocación; si el comprador o el donatario adquieren bajo condición resolutoria, y ésta se cumple, su dominio se revoca, y por consiguiente se revoca también la hipoteca que haya constituido. No puede constituir hipoteca el que tiene su dominio sujeto a condición suspensiva, pues aún no adquiere la propiedad; sin embargo, por una ficción podría considerarse que si se cumple la condición, la propiedad se tuvo desde un principio, por los efectos retroactivos de la condición suspensiva, y que en esa virtud podría válidamente constituirse la hipoteca. En nuestro concepto, esta tesis es inadmisible, dado que las ficciones sólo puede autorizarlas la ley, y en el caso no ha reconocido para la condición suspensiva (como sí lo hace para la resolutoria) que el que tenga su dominio sujeto a la misma, pueda hipotecarlo. En cambio, el artículo 2125 del Código Civil francés, sí le reconoce este derecho.

G. Marty, ob. cit., pág. 135.

Cuando el domino está sujeto a revocación, se aplica por analogía, las disposiciones relativas a la condición resolutoria, que son los artículos 2922, 2923 y el 2924.

José María González Ordóñez, Apuntes de Derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, págs 363 y 364.

J. Morell y Terry, Comentarios a la Legislación Hipotecaria, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1928, t. III, pág. 667.

18.—*Hipotecas constituidas por testamento.*—Siendo el testamento un acto jurídico unilateral, es evidente que la hipoteca que constituya el testador para garantizar un crédito propio o ajeno, tiene su fuente en una declaración unilateral de voluntad. Hemos dicho que conforme al artículo 1448, por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo hipotecario el crédito simple, y aun cuando tal precepto sólo comprende esa hipótesis, evidentemente que también por un legado puede el testador constituir hipoteca sobre un bien de su propiedad, para garantizar una deuda ajena.

Tombién es posible que el testador dé nacimiento el crédito y a la hipoteca, cuando grava a un determinado heredero, con una prestación en favor del legatario, garantizando ésta con hipoteca a cargo de un determinado bien de la herencia. El legatario es un verdadero acreedor, cuyo derecho personal se crea en el testamento, en contra del he-

redero o del legatario que haya sido gravado con el legado, quienes serán deudores, cuando el legado no implique la trasmisión de la propiedad de bienes determinados, sino simplemente se refiere a prestaciones de hechos, bienes fungibles o dinero. El testador, puede garantizar el crédito así constituido en favor del legatario, mediante hipoteca respecto de un bien determinado, que puede ser del heredero o legatario deudor, o de otro heredero o legatario. De esta suerte, la obligación principal estaría a cargo de uno, y la hipoteca afectaría el bien de otro, o de la herencia en general.

19.—*Requisito de validez para las hipotecas costituidas por acto unilateral o por testamento.*—Para estas hipotecas rigen los mismos requisitos de validez que hemos señalado para las que se constituyen por contrato, en cuanto a la capacidad, ausencia de vicios y licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto. En cuanto a la forma, hemos expresado ya que al admitir el Código vigente la constitución de hipotecas en documentos civiles a la orden o al portador, lógicamente exige sólo la formalidad relativa a esa clase de documentos, sin exigir la escrituras públicas, y en cuanto a las hipotecas constituidas por testamento, evidentemente también deberán correr la misma suerte en cuanto a las formalidades ordinarias o especiales requeridas por la ley para la validez de los testamentos. De esta suerte, como el testamento puede otorgarse en documento privado o en escritura pública, la hipoteca constituida en esa forma será también válida.

Se presenta el problema para los testamentos que puedan otorgarse verbalmente, en cúyo caso consideramos desde luego que la constitución de la hipoteca no podrá correr igual suerte, de tal manera que el gravamen no quedaría válidamente constituido, ni menos podría ser objeto de registro, para lograr su principal efecto en cuanto a su oponibilidad respecto a terceros, para las acciones persecutorias, de venta y de preferencia.

CAPITULO VI

Efectos de la Hipoteca

1.—*Dos períodos de importancia.*—Su estudio tiene gran interés en la práctica; debemos distinguir dos períodos: I:—Efectos de la hipoteca antes de la fijación de la cédula hipotecaria; II.—Efectos que se presentan con posterioridad a ese hecho.

La fijación de la cédula hipotecaria sirve de base para poder determinar los diversos efectos, y no el ejercicio de la acción hipotecaria, como generalmente se cree; en efecto, se puede ejercer dicha acción, pero si no se fija la cédula, no se producirán los efectos principales que después veremos. Se entabla una demanda, transcurre cierto tiempo entre la misma y la fijación de la cédula hipotecaria: pues bien, los efectos que vamos a estudiar relativos a la disposición del bien, a la percepción de los frutos, etc., se originan precisamente debido a la fijación de la cédula.

2.—*Efectos de la hipoteca antes de la fijación de la cédula hipotecaria.*—El deudor o tercero que constituyan una hipoteca conservan la posesión del bien hipotecado: ésta es una de las grandes ventajas de la hipoteca sobre la prenda, pues permite que el deudor o el tercero que constituyan la garantía, conserven la posesión de la cosa.

3.—*Actos de dominio.*—El constituyente de la hipoteca puede llevar a cabo actos de dominio y de administración, cuando con ellos no perjudique los derechos del acreedor hipotecario: no se trata de un límite simplemente teórico, pues en cada caso se verá cuáles actos de administración o de dominio no perjudican al acreedor, y por consiguiente, están permitidos.

En cuanto a los actos de dominio, el que hipoteca puede enajenar el bien, por ser la hipoteca un derecho real que da acción persecutoria, y no implica la desposesión de la cosa; puede el constituyente enajenar, porque ello no perjudica al acreedor; éste puede perseguir la cosa y ejercitar la acción contra terceros. Art. 2894: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". El Código de Procedimientos Civiles dice que si la enajenación se efectúa después de fijada la cédula hipotecaria, continuará el juicio contra el adquirente; este precepto se encuentra en el capítulo relativo a las acciones, y es el Art. 12 del mismo ordenamiento: "Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca; o bien para obtener el pago, o prelación del crédito que la hipoteca garantice. *Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado,* y en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio".

4.—*Disminución de la garantía.*—El que hipoteca puede enajenar total o parcialmente la cosa, pero no puede ejecutar en ella trans-

formaciones o modificaciones que impliquen un demérito en la misma, y que por consiguiente, haga insuficiente la garantía. El jus abutendi se ejerce de dos modos: por actos de disposición jurídica (que puede ejecutar el constituyente de una hipoteca), o bien por actos de disposición material, como el consumo o la transformación de la cosa: estos últimos no los puede efectuar el que hipoteca, en caso de que disminuyan la garantía; en el derecho francés, ni aun cuando no impliquen demérito; en cambio, en nuestro derecho, pueden hacerse hasta el límite en que no perjudiquen la garantía por insuficiencia de la cosa. En el derecho francés en materia de convención tácita el mantener la garantía en el mismo estado: el acreedor ha querido que se conserve, y el deudor ha aceptado; debido a ello, no podrá, por ejemplo, realizar cortes que acaben con una plantación hipotecada; nuestro derecho es menos estricto, pues si los actos de disposición material no menoscaban la garantía, están permitidos.

G. Marty, ob. cit., págs. 172 a 174.

Cuando la garantía se vuelve insuficiente, con o sin culpa del deudor, el acreedor tiene derecho a una nueva garantía; la calificación de insuficiente se hace previo dictamen parcial: si resulta de éste la insuficiencia, el juez otorga al deudor un plazo de ocho días para mejorar la garantía; si no lo hace, el acreedor puede ya exigir el pago del crédito, aun cuando no esté vencido.

Los Arts. relativos son los siguientes: Art. 2907: "Si el inmueble hipotecado se hiciere, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos garantice debidamente la obligación principal"; Art. 2908: "En el caso del artículo anterior se sujetará a juicio de peritos la circunstancia de haber disminuido el valor de la finca hipotecada hasta hacerla insuficiente para responder de la obligación principal"; Art 2909: "Si quedare comprobada la insuficiencia de la finca y el deudor no mejorare la hipoteca en los términos del Art. 2907, dentro de los ocho días siguientes a la declaración judicial correspondiente, procederá el cobro del crédito hipotecario, dándose por vencida la hipoteca para todos los efectos legales". Conviene hacer notar que en estos Arts., el legislador de 1928 habla de "finca o inmueble hipotecado", alterando así el sistema seguido en otros preceptos del mismo Código, en donde dice "bien hipotecado", en lugar del observado por el Código de 1884, que se refería a "predio", "inmueble" o "finca hipotecada"; de ese modo el Código vigente restringe la aplicación de los artículos transcritos al bien inmueble solamente.

5.—*Actos de administración.*—Nos vamos a referir ahora a los actos de administración que puede realizar el constituyente de la hipoteca sobre un bien afectado a ella: parece lógico suponer que si el que hipoteca puede efectuar actos de dominio, pueda también llevar a cabo actos de simple administración; pero precisamente con motivo de estos últimos, se impone en el Código en vigor una restricción a las facultades del constituyente de la hipoteca; se considera que si el dueño de la cosa hipotecada celebra arrendamientos a largo plazo y con baja renta, el acreedor hipotecario, al ejercitar su acción y rematar la cosa, se encontrará con una garantía depreciada, pues dichos arrendamientos disminuyen el valor de la finca: si el acreedor quiere adquirirla tropezará con ellos, y si un tercero la adquiere en remate, la hará a precio inferior, ya que estará obligado a respetar los derechos del arrendatario, y a esperar a que termine su contrato, para explotarla efectivamente.

Puede suceder que el deudor, a sabiendas de que no va a pagar, de mala fe, celebre un arrendamiento con persona de su confianza, estipulando una renta insignificante; efectuando el remate, el acreedor tendrá que soportar ese arrendamiento, y como es a largo plazo, la propiedad permanecerá improductiva; el postor en remate dará un precio muy bajo, con gran perjuicio del acreedor. Para evitar todos esos inconvenientes, el Código de 1928 amplió aún más la prohibición del de 1884; según éste, el dueño de la cosa hipotecada no podría recibir adelantos de rentas por un lapso superior a la duración de hipoteca, y si ésta no tenía plazo cierto, el constituyente no podía recibir adelantos por un plazo superior a cuatro años, bajo pena de nulidad del contrato en la parte en que excediera de esos términos. Es decir, el Código anterior ni siquiera prohibía celebrar contratos de arrendamiento por cierto plazo, sólo el adelanto de rentas; ésta era otra maniobra para que en el remate, el acreedor o el adjudicatario en remate tuviere que permanecer sin recibir rentas durante un largo período.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 108 a 109.

La única prohibición del Código de 1884, a que antes nos referimos existía en el Art. 1849: "Sin consentimiento del acreedor respectivo, el propietario del predio hipotecado no puede contratar el pago adelantado de rentas por un tiempo que exceda al plazo del crédito hipotecario, ni por más de cuatro años si el crédito no tuviere plazo cierto, bajo pena de nulidad del contrato en la parte que exceda del tiempo dicho". Esta prohibición no era de ningún modo suficiente: las hipotecas se conceden a largos plazos, diez, veinte años; el deudor podía

celebrar arrendamiento por diez o veinte años y percibir rentas adelantadas por ese tiempo, sin contravenir el Art. 1849; si posteriormente no pagaba el crédito, el acreedor, al exigir el pago anticipado, se encontraría con un adelanto de rentas lícitamente concertado, y ni siquiera podría cobrar rentas, aunque fuesen pequeñas.

Para remediar esas situaciones, el Código vigente estima que ni el arrendamiento, ni el anticipo podrán exceder a la hipoteca; no sólo prohibe el adelanto de rentas, sino el arrendamiento mismo, por plazos superiores a los del crédito hipotecario; cuando éste no tiene plazo cierto, ni el anticipo, ni el arrendamiento excederán de un año, tratándose de fincas rústicas, o de dos meses, para las urbanas. Art. 2914: "Sin consentimiento del acreedor el propietario del predio hipotecado *no puede darlo en arrendamiento,* ni pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca; bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración. Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas ni arrendamiento, por más de un año si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses si se trata de finca urbana".

¿Cómo se explica la parte final del Art. 2914 relativa a los arrendamientos de fincas urbanas hipotecadas, cuando el crédito hipotecario sí tiene plazo cierto? Para algunos ese concepto debe entenderse en esta forma: si el pago del crédito no se exige antes de su vencimiento, debido a que el deudor cumpla todas sus obligaciones, etc., el arrendamiento de la finca urbana podrá durar igual que la hipoteca; pero si ésta se hace exigible porque el deudor deje de cumplir sus obligaciones, el arrendamiento no debe ser oponible al acreedor, y debe concluir, aunque se hubiere celebrado por todo el término de la hipoteca. Para sostener una interpretación de esta naturaleza, se invoca el espíritu del artículo 2914 que tiende a proteger al acreedor hipotecario.

Pero estrictamente, esta interpretación no está autorizada por el Art. 2914; y sería admitir un excepción contraria al sistema general del Código, sostener que el arrendamiento lícitamente concertado, posteriormente no fuera oponible al acreedor, al ejercer éste su acción por causa imputable al deudor. El arrendatario sería responsable de la culpa de otro, es decir, de la de su arrendador, que es el deudor hipotecario. En nuestro concepto, sí son oponibles al acreedor, los arrendamientos concertados dentro de los términos del Código por todo el tiempo de duración de la hipoteca.

6.—*Aseguramiento de los frutos y rentas.*—Un último efecto de la hipoteca antes de la fijación de la cédula, consiste en el aseguramien-

to de los frutos pendientes o de las rentas del bien hipotecado. Ordinariamente, nunca se hipotecan los frutos pendientes, ni los que se sigan causando desde la constitución de la hipoteca hasta la fijación de la cédula, ni las rentas que se devenguen durante ese período.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 108 y 109.

Pero no obstante, es lícito el pacto que asegure los frutos y las rentas desde la constitución de la hipoteca: en este caso, se considera al deudor como mero depositario de ellos; precisa recordar que los frutos y rentas sólo pueden ser hipotecados en unión del inmueble respectivo. "Salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá: I.—Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito; II.—Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada". (Art. 2897). De modo que es necesario el pacto expreso, para que sean comprendidos en el gravamen los frutos y las rentas; cuando no existe expresamente dicha convención, el deudor, o el tercero constituyente de la hipoteca, pueden disponer de los citados frutos.

7.—*Efectos procesales de la hipoteca después de la fijación de la cédula hipotecaria.*—Fijada la cédula hipotecaria, se producen efectos de gran importancia práctica; en orden cronológico dichos efectos son:

1.—El deudor o el tercero constituyente de la hipoteca, pasan a ser, por ministerio de la ley, depositarios del inmueble hipotecado.

2.—Los frutos, y todos los muebles que, según el Código Civil, se hayan incorporado a la finca, o sean inmuebles por destino, queda inmovilizados por la cédula.

3.—Registrada la cédula, no se podrá practicar en la finca embargo, toma de posesión, o cualquier otro acto que perjudique los derechos del acreedor; salvo el caso de que por sentencia ejecutoriada, debidamente registrada, con anterioridad a la demada, y relativa a la misma finca, se hubieran decretado dichos actos.

4.—El deudor puede librarse de ser depositario judicial declinando esa responsabilidad para que se nombre otro depositario.

Los artículos relativos del Código de Procedimientos Civiles vigente, son del 481 al 484; Art. 481: "Desde el día del emplazamiento, contrae el deudor la obligación de depositario judicial respecto de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que con arreglo al contrato y conforme al Código Civil, deben considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formará inventario para agregarlo a los autos, siempre que lo pida el acreedor.

Para efecto del inventario, el deudor queda obligado a dar todas las facilidades para su formación y en caso de desobediencia, el juez lo compelerá por los medios de apremio que le autoriza la ley.

Art. 482: "El deudor que no quiera aceptar la responsabilidad de depositario, entregará desde luego la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre". El Art. 483 actualmente dice: "Las partes deberán ofrecer sus pruebas para acreditar los hechos de su acción o de sus excepciones en los escritos que fijan la controversia, exhibiendo los documentos que tengan en su poder o la copia sellada en que se solicite la expedición de tales documentos que no tuvieran, según ordenan los artículos 96 y 97 de este ordenamiento. Las pruebas admitidas deberán ser preparadas por las partes, y en consecuencia en la audiencia deberán presentar a sus testigos. En cuanto a la pericial, deberá estarse a lo ordenado en el juicio ordinario en cuanto a dicha prueba.

No obstante lo anterior, si las partes al ofrecer sus pruebas, bajo protesta de decir verdad, manifiestan no poder presentar a los testigos, ni obtener los documentos que no tengan a su disposición, el juez mandará citar a dichos testigos, con el apercibimiento que de no comparecer a declarar, sin justa causa que se los impida, les impondrá una multa de hasta cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal o arresto hasta de treinta y seis horas, y dejará de recibir tales testimoniales.

De igual manera auxiliará al oferente, expidiendo los oficios a las autoridades y terceros que tengan en su poder documentos, apercibiendo a las primeras con la imposición de una sanción pecuniaria, en favor de la parte perjudicada, por el equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente, que se hará efectiva por orden del propio juez; y a los segundos con la imposición de un arresto hasta de treinta y seis horas, en la inteligencia de que estos terceros podrán manifestarle al juez, bajo protesta de decir verdad, que no tienen en su poder los documentos que se le requieren.

El juez debe presidir la audiencia, que se iniciará resolviendo todas las excepciones procesales que existan, los incidentes que hubieren y desahogará las pruebas admitidas y preparadas. Si no se llegaren a desahogar por falta de preparación, se diferirá la audiencia y bajo su más estricta responsabilidad, atenderá que se preparen las pruebas para desahogarse en la fecha que se señale, que no excederá en su fijación de los diez días posteriores. En todo lo no previsto en lo relativo al ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las pruebas así como al desarrollo de la audiencia y diferimiento de la misma, se observarán las relgas del capítulo anterior, y en especial las contenidas en los artículos 432 a 436 de este código.

Desahogadas las pruebas, las partes alegarán lo que a su derecho convenga y el juez procurará dictar en la misma fecha de la audiencia la sentencia que corresponda, a menos que se trate de pruebas documentales voluminosas, porque entonces contará el juez con un plazo

de ocho días para dictarla y mandarla notificar por Boletín Judicial dentro de dicho término." Art. 484: "Anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad, no podrá verificarse en la finca hipotecada ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquier otra que entorpezca el curso del juicio, sino en virtud de sentencia ejecutoriada relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la inscripción de la referida demanda o en razón de providencia precautoria solicitada ante el juez por acreedor con mejor derecho, en fecha anterior a la de inscripción de la demanda." En el Art. 487 se contiene la prohibición que origina toda cédula hipotecaria para practicar embargos, tomas de posesión o diligencias que afecten los derechos del acreedor: "Si el superior revoca el fallo de primera instancia que declaró procedente el remate, luego que vuelvan los autos al juzgado de su origen, se mandará cancelar la anotación de la demanda en el Registro Público y en su caso se devolverá la finca al demandado, ordenando al depositario que rinda cuentas con pago en el término que le fije el juez, que no podrá exceder de treinta días. Si el remate se hubiera ya verificado, se hará efectiva la fianza en la vía de apremio".

CAPITULO VII

ACCIONES HIPOTECARIAS

1.—*Acciones que puede entablar el acreedor hipotecario.*—Diversas reglas de Códigos procesales.—En el Código de Procedimientos Civiles anterior al vigente, por un precepto expreso, podían entablarse simultánea o separadamente las acciones personales y reales procedentes de un mismo acto; el Art. 7 declaraba en términos que no daban lugar a duda, respecto de la separación de las acciones. "Pueden entablarse separada o simultáneamente, respecto de un mismo asunto, una acción personal y una acción real: I.—Cuando para garantía de una obligación personal se ha constituido hipoteca o prenda; II.—Cuando al que entabla una acción real le compete igualmente el derecho para exigir indemnizaciones o intereses".

José María González Ordóñez, Apuntes de Derecho Hipotecario, Centro de Estudios y Oposiciones (C.E.Y.O.), Madrid, 1953, págs. 352 y 353.

Se pueden presentar los siguientes casos:

1.—La obligación personal y la accesoria de hipoteca coinciden en el mismo sujeto pasivo. Es cosa frecuente que el mismo deudor de la obligación principal constituya hipoteca, y que los bienes hipotecados estén en su patrimonio en el momento en que el acreedor entable la acción; este deudor puede ser demandado por las dos acciones, la personal y la real hipotecaria, que el acreedor podrá ejercitar simultánea o separadamente.

2.—Son distintos los sujetos pasivos de ambas obligaciones; el acreedor debe intentar separadamente las citadas acciones: cuando entabla la personal sin la real, demanda simplemente el cumplimiento de la obligación principal, y puede el actor elegir la vía ordinaria o la vía ejecutiva; no la hipotecaria, porque sólo intenta la acción personal.

Otro caso interesante ocurre cuando se ha disminuido el valor de los bienes hipotecados: como ejemplo, podemos señalar el de las fincas rústicas hipotecadas y después agrarizadas, que evidentemente ya no garantizan la deuda, por lo cual prefiere el acreedor hipotecario entablar acción personal para que se despache embargo sobre otros bienes del deudor no demeritados; claro está que esa medida sólo es aconsejable cuando el deudor es solvente. Cuando se entabla la acción hipotecaria, necesariamente aunque no lo diga el Código, debe intentarse para exigir el cumplimiento de la garantía real es decir, la venta del bien para que con su producto se haga el pago.

Cuando se entabla sólo la acción real, tendrá siempre que exigirse la venta del bien para pago de la obligación principal. Es cierto que el tercero no es sujeto pasivo de la misma, pero como está obligado a garantizarla, desde ese punto de vista la demanda en el juicio hipotecario debe ser por la cuantía de la obligación principal.

El Código de Procedimientos Civiles vigente ya no conserva un artículo que, como el 7o. del anterior, hable expresamente de la separación de las acciones real y personal; pero tiene otro artículo, el 31, igual al 22 del Código anterior, ambos relativos a la prohibición de separar las acciones en determinadas circunstancias; el contenido de esos dos artículos debe ser considerado como regla general.

El Art. 22 del Código de Procedimientos Civiles anterior estatuía: "Cuando haya varias acciones contra una misma persona y respecto de una misma cosa, deben intentarse en una sola demanda todas las que no sean contrarias, y por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras"; Art. 31 del Código de Procedimientos Civiles vigente: "Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de

una misma cosa y provenga de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más, quedan extinguidas las otras".

A pesar de que el Art. 7o. del Código anterior fue *suprimido en el vigente,* y éste sólo contiene en su Art. 31 el principio general que obliga a intentar simultáneamente las acciones "contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y que provengan de una misma causa", debemos concluir, no obstante, que actualmente el acreedor hipotecario sí puede separar su acción personal de la real, bien sea cuando el demandado sea el mismo sujeto pasivo en ambas obligaciones, o existan los dos sujetos a que nos hemos referido, pues si separa la acción real e intenta sólo la personal, aquélla no se extingue, conforme a la sanción ordenada por el Art. 31, en virtud de que las acciones tienen causas diferentes, y se refieren a cosas o prestaciones distintas.

El Art. 31 tampoco se aplica cuando los sujetos pasivos no son los mismos, pues faltan los supuestos por él exigidos: identidad de personas, de cosas y de causa; así pues, cuando un tercero sea el constituyente de la hipoteca, o los bienes gravados pasen a poder de tercero, el acreedor puede también separar sus acciones y demandar al deudor principal mediante la acción personal, y al poseedor de los bienes, con la real hipotecaria.

2.—*Derecho de persecución.*—Otro efecto inherente a la hipoteca, es el derecho del acreedor de perseguir la cosa en manos del tercero que la tenga en su poder. Es necesario precisar este efecto: en términos generales la acción real hipotecaria, o cualquier acción real, se pueden entablar en contra del tercero que tenga en su poder la cosa; pero como el Código Civil vigente ha definido diferencias entre la posesión originaria, la posesión derivada, y la detentación subordinada, de modo que es distinta la situación de los poseedores, es menester también señalar distinciones respecto de quiénes pueden ser demandados, cuando sólo se entabla la acción real y los bienes están en poder de tercero. De ese modo podemos determinar dos series de casos:

a).—Poseedores originarios.

b).—Poseedores derivados.

3.—*Poseedores originarios.*—Empecemos por estudiar las situaciones indiscutibles.

El tercero es poseedor originario, animus domini, es decir, en concepto de dueño. No juzgamos respecto de la existencia de su propiedad, porque puede tener un título afectado de nulidad, pero subjetivamente válido; lo que nos interesa sobre todo es que su posesión es originaria,

que es adquirente de la cosa, y que como tal, debe ser demandado cuando se intente la acción real hipotecaria. Dice el Art. 791 del Código Civil vigente: "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro una posesión derivada". El acreedor puede intentar contra el que posee originariamente, la acción real hipotecaria.

Si el poseedor originario transfiere a un tercero la propiedad de la cosa hipotecada, el juicio continuará con el tercero adquirente, como ordena al Art. 12 del Código de Procedimientos Civiles: "Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca; o bien, para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. *Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado,* y en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta, cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio". Claramente se desprende que la acción hipotecaria se da contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado.

Tanto el Código Civil, como el de Procedimientos, emplean términos imprecisos; el primero, en su Art. 2894, nos dice: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero"; el Art. 3o. del Código de Procedimientos Civiles estatuye que las acciones reales se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria; como se ve, los dos artículos emplean la misma denominación: bienes o cosas que pasaron o se encuentran en poder de un tercero; pero el segundo de los artículos transcritos agrega un dato más: "se da (la acción real) contra el que tiene en su poder la cosa, *y tiene obligación real*"; finalmente, el Art. 12 del Código Procesal dispone que la acción real hipotecaria procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado.

Con todos estos elementos, podemos ya fundar lo siguiente: es necesario distinguir qué clase de terceros se pueden considerar sujetos pasivos de la acción real persecutoria, pues hay que tomar en cuenta que existen terceros adquirentes, pero además, terceros poseedores, y dentro de este último grupo, poseedores en concepto de dueño u originarios, poseedores en forma derivada y simples detentadores: efectivamente, como vimos más arriba, el Código Civil vigente distingue en materia

de posesión, entre la posesión originaria o animus domini, la posesión derivada y la detentación subordinada.

Terceros adquirentes.—Respecto de los terceros adquirentes, es indudable que procede la acción real persecutoria; ellos pueden serlo a título universal o particular; es adquirente a título universal el heredero, pues él adquiere el dominio y posesión de los bienes objeto de la herencia, y claro está que si entre dichos bienes están los hipotecados, como causahabiente que es a título universal, representa al deudor hipotecario, al autor de la herencia. Sin embargo, en la doctrina, esa acción contra el causahabiente a título universal no se estima con el carácter de real persecutoria, pues él substituye al deudor y en cuanto a éste, aunque la acción que se entable sea real, no persecutoria. Nuestros códigos aceptan esta última distinción de la doctrina: como por una parte afirman que el registro no es necesario para ejercitar la acción contra el deudor, y por otra que el registro es condición indispensable para entablar la acción persecutoria, de ahí derivamos claramente que la acción que se ejercita contra el deudor, si bien es una acción real, no es la acción real persecutoria: se trata de la acción real hipotecaria en general; dice el Art. 469 del Código de Procedimientos Civiles: "Procederá el juicio hipotecario sin necesidad de que el contrato esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad, cuando: I.– El documento base de la acción tenga carácter de título ejecutivo; II.– El bien se encuentre inscrito a favor del demandado, y III.– No exista embargo o gravamen en favor de tercero, inscrito cuando menos noventa días anteriores a la de la presentación de la demanda."

En cambio, cuando la acción se entabla contra el tercero adquirente, sí se ejercita el derecho de persecución de la cosa, por lo que el Art. 468 del mismo Código requiere para el caso, el registro de la hipoteca; Art. 468: "Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, y registrado en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables".

El causahabiente a título universal o heredero se substituye en todo y por todo al deudor, por lo que no es un tercero, sino un sucesor del

autor de la herencia; sígase de aquí que la acción real entablada contra el heredero adquirente de los bienes hipotecados, no tiene el carácter de acción persecutoria de la cosa, y puede iniciarse la demanda aunque la hipoteca no esté registrada.

Si el tercero es adquirente a título particular por contrato o por legado, sólo puede ser demandado si la hipoteca está registrada, porque en relación con él, sí es menester entablar la acción real persecutoria; el legatario es adquirente a título particular porque no responde de las deudas de la herencia sino subsidiariamente; pero aunque no responde del gravamen hipotecario, porque éste es una deuda a cargo de los herederos, como adquirentes de la cosa hipotecada, puede el legatario ser demandado en el juicio hipotecario, mediante la acción real persecutoria.

Además de este causahabiente a título particular, tenemos a los adquirentes *por contrato;* en nuestro derecho, el contrato siempre es una forma de transmisión a título particular: transmite un bien o bienes determinados, pero no un patrimonio, una universalidad, o una parte alícuota de la misma. Se repite la misma regla enunciada antes: el adquirente por contrato de una cosa hipotecada, puede ser demandado mediante la acción real persecutoria, pues en este caso sí se trata de un tercero con obligación real, pero siempre que la hipoteca esté registrada.

Los contratos translativos de dominio, o sea, la compraventa, la permuta, la donación, la transacción y la sociedad, pueden originar transmisiones de cosas hipotecadas; el adquirente sufrirá las consecuencias, es decir, el comprador, el permutante, el donatario, el que transige o la sociedad, podrán ser demandados mediante la acción real persecutoria.

4.—*Poseedores derivados.—Diversas categorías de poseedores en relación con la acción hipotecaria.*—De lo visto hasta aquí se desprende que no hay problema cuando se adquiere un bien hipotecado, a título particular o título universal: el acreedor podrá demandar a ese adquirente, ya mediante la acción real persecutoria, ya mediante la acción hipotecaria en general. El problema se presenta cuando existen enajenaciones parciales de la cosa o cuando el tercero es poseedor del bien; entramos pues, en el asunto relativo a los poseedores de cosas hipotecadas, sus diversas categorías (poseedores originarios, poseedores derivados y detentadores subordinados), y cuáles de ellos pueden ser demandados.

En el derecho francés se hace la siguiente distinción: si hay una enajenación parcial de la cosa hipotecada, y el tercero que adquiere parcialmente es usufructuario o enfiteuta, dicho tercero sí puede ser demandado por la acción real persecutoria.

La distinción del derecho francés no es aceptable en nuestra legislación para el usufructo, pues no tenemos elementos para poder afirmar que en razón de la transferencia del uso y goce de la cosa, se pueda considerar al adquirente como poseedor originario, que mantenga en su poder la cosa, en los términos del Art. 2894 del Código Civil: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". Dispone el Código vigente que el usufructuario, comodatario, arrendatario, depositario, acreedor pignoraticio, usuario, habituario, etc., son poseedores derivados, por lo que lógicamente no podemos seguir la distinción del derecho francés; de seguirla, tendríamos que aceptar que cierta posesión derivada, la del usufructuario, permite el ejercicio de la acción real persecutoria, siendo así que el Código vigente considera al usufructo a la misma altura que las demás posesiones derivadas; de modo que en nuestro derecho, simple y llanamente, cuando el tercero posee a título derivado, no puede ser demandado en juicio hipotecario, aun cuando sea usufructuario; sólo cuando posee la cosa animus domini, en concepto de dueño, puede sufrir el ejercicio de la acción real persecutoria. Además, siempre que hay posesión derivada, existe la posesión originaria, y la acción debe ejercitarse contra el poseedor originario, o sea, contra el que enajenó parcialmente el bien para constituir los diversos derechos enumerados arriba.

Como conclusión, podemos afirmar la siguiente regla general: en nuestro derecho, siempre que el propietario de una cosa hipotecada la afecte parcialmente, creando derechos reales o personales en favor del usufructuario, usuario, habituario arrendatario, comodatario, depositario, acreedor pignoraticio, etc., dando así lugar a posesiones derivadas, el único que puede ser demandado en juicio hipotecario es el mismo propietario o poseedor originario.

Se presenta un caso especial, cuando el propietario transfiere la nuda propiedad y conserva el usufructo de un bien hipotecado; pero también aquí aplicamos la regla general: debe ser demandado el adquirente de la nuda propiedad, aunque el constituyente de la hipoteca conserve la cosa en usufructo, porque es la nuda propiedad la que nos permite considerar a su adquirente como poseedor originario, en tanto que el usufructo convertirá al deudor en poseedor derivado, quien también deberá ser demandado, por estar hipotecado el usufructo.

5.—*La acción de preferencia.*—La hipoteca origina un derecho de preferencia que, como todos los de su misma clase, supone un conflicto entre diversos titulares que afirman tener derechos de igual o de diferente categoría; tratándose de la hipoteca, debe estudiarse ante

todo el derecho de preferencia en el caso en que haya conflicto entre diversos acreedores hipotecarios, entre titulares del mismo derecho real; pero puede ocurrir otra forma de prelación, entre titulares de diversos derechos: El acreedor hipotecario puede oponer su derecho y obtener la preferencia, respecto de acreedores quirografarios o comunes.

En los derechos de garantía, el problema de la preferencia tiene por objeto resolver la forma de distribución del precio de la cosa hipotecada, dada en prenda o en aticresis, o sea, fijar el distinto orden de prelación de los diversos acreedores que consideran tener un derecho sobre el precio del bien vendido en el remate. La preferencia origina un problema para determinar el grado de prelación en que debe ser pagado cierto acreedor hipotecario con el producto del remate de la cosa hipotecada, y da lugar a tres casos de conflicto o concurso de acreedores, cada uno de ellos con reglas especiales:

1.—El acreedor hipotecario, en virtud de su acción, obtiene la venta, y en la subasta se presentan otros acreedores que también afirman tener derechos sobre el precio.

2.—Con motivo de la acción hipotecaria, se origina un concurso especial de acreedores hipotecarios.

3.—Se remata la cosa hipotecada, cuando previamente se ha declarado el concurso del deudor.

En el primer caso, no hay posibilidad de concurso, ni especial ni general; en el segundo, hay un concurso especial de acreedores hipotecarios; en el tercero, existe un concurso general en el que el acreedor hipotecario hará valer su preferencia.

Primer caso.—Ocurre frecuentemente que con motivo de la acción hipotecaria, una vez obtenida la resolución que ordena el remate del bien, se procede a notificar a los diversos acreedores que aparecen en el certificado de gravámenes; dichos acreedores pueden ser quirografarios o comunes, o bien tener un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis), o bien, ser acreedores privilegiados en virtud de un crédito refaccionario. El conflicto que surge entre todos ellos es resuelto por el Código Civil vigente en su Art. 2985, que determina la forma cómo se distribuirá el precio de un bien hipotecado: "Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagarán en el orden siguiente:

I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes;

II.—Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes;

III.—La deuda de seguros de los propios bienes;

IV.—Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2982, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoraticios, según su fecha, así como sus réditos, durante los últimos seis meses".

Deben pagarse los créditos hipotecarios en el orden de constitución de las hipotecas, cuando se hayan registrado en el término legal. Dice el Art. 2982, en relación con la fracción IV del 2985: "Si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que se *otorgaron las hipotecas*, si éstas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrados los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera del término de la ley".

Borja Soriano, Revista de Ciencias de la Facultad de Jurisprudencia, t. IV, No. 3, diciembre de 1926, pág. 144.

Como el artículo 2982 contiene una regla especial en cuanto a la fecha que sirve de base a la preferencia, conviene comentar el criterio del legislador a propósito de dicha base; criterio distinto del que toma en cuenta para señalar en qué momento surte efectos la inscripción de la hipoteca. Ya vimos anteriormente que, por una innovación del Código vigente, se aplica el sistema de la anotación preventiva, según el cual todo acto o contrato que afecte el dominio de los inmuebles debe ser inmediatamente anotado en el Registro Público, entendiéndose además que si la escritura es inscrita dentro del plazo de treinta días, *el acto surte efectos desde el momento de la anotación preventiva.* De tal modo que, como regla general, la inscripción de la hipoteca surte efectos desde la anotación preventiva: no se toma en cuenta la fecha de la escritura de hipoteca; en cambio, para los efectos de la preferencia, sí se toma en cuenta la fecha de la misma, siempre que la inscripción se efectúe en un término de treinta días.

Segundo Caso.—Existe un concurso especial de acreedores hipotecarios; tanto el Código Civil como el Procesal determinan cómo se hace valer el derecho de preferencia en el concurso especial de acreedores hipotecarios: éste ocurre cuando al fijarse la cédula y con motivo de la notificación a los distintos acreedores que aparecen en la escritura base de la acción, piden dichos acreedores hipotecarios que se abra el concurso especial; es decir, el mismo se abre a petición de cualquier acreedor hipotecario, antes del remate y con motivo de la fijación de la cédula. Dice el Art. 477 del Código de Procedimientos Civiles: "Si

comenzando el juicio se presentan alguno o algunos acreedores hipotecarios, se procederá conforme a las reglas de los concursos" (derogado), en relación con el Art. 476: "Si en el título con base en el cual se ejercita una acción hipotecaria se advierte que hay otros acreedores hipotecarios anteriores, el juez mandará notificarles la existencia del juicio para que manifiesten lo que a su derecho corresponda".

La manera de cómo esos acreedores pueden usar de sus derechos conforme a la ley, puede concretarse en tres formas:

1.—Mediante el concurso especial de acreedores hipotecarios.

2.—Mediante la preferencia que se haga valer en el remate.

3.—Mediante tercería excluyente de preferencia; medio que nunca se ha acostumbrado en la práctica, porque resulta inútil cuando el acreedor hipotecario puede hacer valer su preferencia en el remate o en el concurso especial; únicamente se acostumbra hacer valer la preferencia por los dos primeros medios.

Con el segundo medio, el acreedor se espera al remate para comparecer y hacer valer su preferencia, lo cual tiene el inconveniente de que los gastos del juicio son preferentes aún en relación con la primera hipoteca, de modo que este arbitrio sólo es aconsejable cuando el bien es suficiente para cubrir dichos gastos, y garantizar a los acreedores colocados en los primeros lugares.

El concurso especial de acreedores hipotecarios es reglamentado por los Arts. 476 y 477, ya transcritos, del Código de Procedimientos Civiles, en relación con el 2982 y 2983 del Código Civil. Art. 2982: "Si hubiere varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, *pueden formar un concurso especial con ellos*, y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas..." Art. 2983: "Cuando el valor de los bienes hipotecados o dados en prenda no alcanzare a cubrir los créditos que garantizan, por el saldo deudor entrarán al concurso los acreedores de que se trata y serán pagados como acreedores de tercera clase"; supone que en el concurso especial, los bienes no alcanzan para pagar todas las hipotecas o prendas: entonces los acreedores no pagados entrarán al concurso general, y se les considerará como acreedores de tercera clase; son acreedores de tercera clase, aquellos cuyo crédito consta en escritura pública o en documento auténtico; dice al respecto el Art. 2996: "Satisfechos los créditos de que se ha hablado anteriormente, se pagarán los créditos que consten en escritura pública o en cualquier otro documento auténtico".

Tercer Caso.—Ocurre cuando el deudor es declarado en estado de concurso; viene entonces un concurso general de toda clase de acreedores, al que los hipotecarios y prendarios no necesitan entrar; pero pueden

hacerlo y tener voto en la junta de acreedores; si los hipotecarios y prendarios entran al concurso general, quedan sujetos a todos los convenios, esperas y quitas que se concedan en la junta, de modo que sólo en casos muy especiales es aconsejable a los acreedores hipotecarios y prendarios entran en el concurso general; como ellos pueden ser pagados sin entrar a dicho concurso, lo normal es que ejerciten su acción hipotecaria en juicio separado y logren el pago independientemente.

Conforme al Código Procesal, no basta tener un crédito hipotecario litigioso para poder abstenerse de entrar al concurso general: es necesario además ejercitar la acción hipotecaria; de ese modo, los juicios ejecutivos promovidos con anterioridad, con fundamento en una hipoteca, sí son acumulables al concurso; sería un error, cuando hay peligro de concurso, que el acreedor hipotecario entable un juicio ejecutivo, pues éste podría ser acumulado.

Art. 2981 del Código Civil: "Los acreedores hipotecarios y los pignoraticios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. *Pueden deducir las acciones que les competen en virtud de la hipoteca o de la prenda,* en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos"; no dice con entera claridad, que la acción no acumulable sea la hipotecaria, pero esto se desprende si relacionamos dicho artículo con el 739 frac. VIII del Código de Procedimientos Civiles: "Declarado el concurso, el juez resolverá: VIII.—Pedir a los jueces ante quienes se tramiten pleitos contra el concursado, los envíen para su acumulación al juicio universal. *Se exceptúan los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después,* y los juicios que se hubiesen fallado en primera instancia; éstos se acumularán una vez que se decidan definitivamente. Se exceptuarán igualmente los que procedan de créditos prendarios y los que no sean acumulables por disposición expresa de la ley". Ya este artículo con toda claridad señala al juicio hipotecario como no acumulable; después hace una distinción por lo que se refiere a la prenda: basta para que no sean acumulables, que los juicios procedan de créditos prendarios; por consiguiente, la ley sólo exige como requisito la procedencia del título; no así en la hipoteca, caso en que se requiere que el juicio sea hipotecario.

6.—*Juicio de prelación en la hipoteca.*—Todos estos problemas se plantean para determinar la prelación y graduación de los acreedores hipotecarios, con el objeto de ser pagados según las fechas de sus escrituras, si se ha cumplido con el requisito de inscripción de las mismas dentro del término legal. En estos casos no hay controversia previa

respecto de la prelación. Pero puede haber un juicio especial dentro de la vía sumaria para resolver de la prelación de una determinada hipoteca, en caso de conflicto o duda; según el Art. 468 del Código Procesal, procede la vía especial hipotecaria para exigir el pago de una hipoteca y la *prelación* de un determinado crédito hipotecario: "Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, y registrado en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables"; el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles también reconoce como objeto de la acción hipotecaria, determinar en controversia especial la prelación de la hipoteca.

Las controversias que principalmente se suscitan para determinar la prelación de una cierta hipoteca, ocurren en los siguientes casos:

Primero.—El acreedor hipotecario en segundo lugar considera que la hipoteca colocada en primer término ha prescrito; como mientras no sea cancelada, toda hipoteca surte efectos legales, el segundo acreedor debe entablar la acción hipotecaria para que se declare: 1.—Que ha prescrito la primera hipoteca; 2.—Que debe cancelarse esa hipoteca; 3.—Que su propio crédito es, por consiguiente, preferente al primero.

Conforme al artículo 2941, frac. VII: "Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca: VII.- Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria". Por consiguiente, el acreedor colocado en segundo lugar tiene interés jurídico para pedir que se declare la prescripción de la primera hipoteca, su cancelación y la preferencia de su propio crédito. Lo mismo debe decirse cuando ocurra otra causa de extinción de la hipoteça en primer lugar.

Segundo.—Tomando en cuenta las fechas de constitución y de inscripción de hipotecas sucesivas sobre un mismo bien; el conflicto puede surgir debido a dos disposiciones contradictorias contenidas en el Código Civil: en efecto, como ya vimos anteriormente, un precepto general en materia de Registro Público (el Art. 3016) ordenaba que hecha la anotación preventiva de una escritura en que se adquiera, transmita, modifique o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces, si la misma escritura es inscrita definitivamente dentro del término de treinta días, surte efectos contra tercero desde la fecha de la anotación preventiva;

en tanto que otro precepto, el Art. 2982, para el caso de que se constituyan diversas hipotecas sobre un mismo bien, y para la graduación de los diferentes créditos hipotecarios, ordena que se tome en cuenta la fecha de la escritura de hipoteca; si además se cumple el requisito de inscripción de dicha escritura dentro del plazo legal de un mes. Como se podrá notar fácilmente, el conflicto surge por la diferencia de fechas; pongamos un ejemplo: se establece una hipoteca el día primero; el día cinco es anotada preventivamente; la inscripción definitiva se efectúa el día veinte: según el Art. 3016, la hipoteca surte efecto contra terceros desde el día cinco; pero según el 2982, esta hipoteca surte efectos desde el día primero; ahora bien, puede suceder que respecto del mismo predio se otorgue una segunda hipoteca el día tres, la cual es preventivamente anotada el día cuatro y definitivamente inscrita el quince. Pues bien, por la fecha de otorgamiento, sería preferente la hipoteca constituida el día primero (Art. 2982): pero tomando en cuenta el dato de la anotación preventiva, sería preferente la otorgada el día tres, pues el registrador la anotó el cuatro, mientras que la establecida anteriormente no fue anotada sino hasta el día cinco.

Tercero.—En virtud de una escritura, se conviene que no será menester el remate judicial; o sea, las partes acuerdan la venta extrajudicial de la cosa hipotecada; dice el Código Procesal, Art. 488, que en ese caso no habrá ni juicio, ni almoneda, pero sí avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago: "En el caso de la adjudicación prevista en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, se deberá solicitar avalúo del bien para fijar el precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago, debiéndose aplicar en lo conducente lo señalado en el artículo 486 de este ordenamiento."; Art. 2916 del Código Civil: "El acreedor hipotecario. . . puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. *Este convenio no puede perjudicar los derechos de terceros*".

Puede suceder que la cosa reporte segundas o ulteriores hipotecas, y que se opongan a la venta extrajudicial un segundo o tercero acreedor hipotecarios, alegando la extinción o la prescripción del primer crédito; esa oposición especial se tramitará en juicio sumario. Continúa el Art. 488 del Código de Procedimientos Civiles: "...La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la adjudicación alegando las excepciones que tuviere, y esta oposición se substanciará incidentalmente. También pueden oponerse a la venta los acreedores hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria". Como se ve, el artículo limita la oposición de los acreedores ulteriores al hecho de la prescripción de la

primera hipoteca, pero lógicamente pueden estar interesados en hacer valer otras causas de oposición, como la nulidad absoluta: supongamos que se acordó la venta extrajudicial entre el deudor y el primer acreedor, pero que los hipotecarios posteriores tienen interés jurídico para oponerse a dicha venta, y discutir la preferencia de sus créditos, demandando la nulidad absoluta del primero. También pueden alegar que hubo un acuerdo fraudulento entre el deudor y el acreedor en primer término, pues la hipoteca había sido pagada; los acreedores posteriores van a ser perjudicados de mala fe mediante la venta extrajudicial, por lo cual pueden demandar la extinción, por pago, del primer crédito. Pueden también alegar novación de la primera hipoteca, caso en el que, al igual que en los anteriores, los hipotecarios en segundo o tercer término pueden oponerse a la venta extrajudicial y discutir en juicio sumario la prelación de sus créditos.

7.—*Derecho de venta del bien hipotecado.*—Hemos ya explicado que es un elemento de la definición de la hipoteca el conceder al acreedor hipotecario el derecho de venta para obtener el pago de su crédito con el producto de dicha operación; por consiguiente, el derecho de venta es otro efecto de la hipoteca que puede presentarse como consecuencia del ejercicio de la acción y del juicio hipotecario, o bien, por virtud de un pacto en que se convenga la venta extrajudicial de la cosa; caben pues, sólo dos formas de venta: la venta judicial y la extrajudicial. Es necesario distinguir cuidadosamente esos dos sistemas, respecto de los cuales, si es cierto que en un principio no se plantea ningún problema, pues la disyuntiva es ineludible, posteriormente pueden ocurrir conflictos si no se hace la distinción. Distintas cuestiones surgen en las dos clases de venta, judicial y extrajudicial, que por otra parte, solamente con formas que pueden alterar el procedimiento a seguir para efectuar la venta del bien hipotecado.

Primera forma.—Venta judicial.—Toda forma ordinaria, que no requiere estipulación previa, es la venta judicial con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el Código Procesal.

Primer caso de venta judicial.—Desde que se notifica la demanda el demandado debe designar peritos para el avalúo; nótese que el juicio hipotecario es diferente de otros procedimientos, en los que el avalúo se efectúa en el proceso de ejecución de la sentencia: no así en el juicio hipotecario, en el que, desde el emplazamiento, se nombran los peritos. Si el demandado no designa los peritos existen dos formas de suplir esa falta: 1.—Tomar en cuenta el valor catastral, servirá de base al remate, en re-

beldía del demandado; 2.—El juez designa el perito, y se procede luego conforme a las reglas generales del avalúo pericial. Art. 485 del Código de Procedimientos Civiles: "Para el avalúo de la finca se observará lo prevenido en el capítulo IV, sección IV del título sexto"; notificada la demanda, puede el actor exigir que se pida certificado a la Oficina de Contribuciones o al Catastro del valor del bien hipotecado, valor que servirá de base para el remate. Si en la Oficina de Contribuciones o en el Catastro no hubiere la constancia respectiva, el juez hará el nombramiento que correspondía hacer al demandado". En la venta judicial y en este primer caso que estamos estudiando, podemos formular esta regla general: serán preferidos los postores en la adquisición de la cosa, y sólo a falta de postores, podrá el acreedor pedir que se le adjudique el remate; esta regla se encuentra tanto en el Código Civil como en el Procesal; Art. 2916, primer párrafo, del Código Civil: "El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial, o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Civiles"; Art 582 del Código de Procedimientos Civiles: "No habiendo postor, quedará al arbitrio del ejecutante pedir, en el momento de la diligencia, que se le adjudiquen los bienes por el precio del avalúo que sirvió de base para el remate, o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del veinte por ciento de la tasación. Esta segunda subasta se anunciará y celebrará en igual forma que la anterior".

"*Venta al acreedor, como postor en juicio.* Decía el artículo 1974 del Código Civil de 1870: "El acreedor no puede adquirir el predio hipotecario sino por convenio con el deudor, *por remate en pública subasta* o por adjudicación en los casos en que no se presente otro postor y con las condiciones y solemnidades que establezca el Código de Procedimientos. Este artículo fue reproducido por el 1851 del Código Civil de 1884 pero suprimiendo las palabras subrayadas. Sobre esta supresión se lee en los datos de Macedo, pág. 91: "Véase el Art. 2927 del nuevo Código, conforme al cual no está prohibido rematar al ejecutante, aún cuando por la reforma hecha en este artículo parece que no puede el acreedor adquirir en remate la finca hipotecada." (Borja Soriano, revista citada, t. IV, pág. 110).

Segundo caso de venta judicial.—Se ha fijado el precio en que la cosa hipotecada deberá ser rematada, pero sin renunciar al juicio ni a la subasta pública; así pues, la única modalidad de este caso consiste en que el remate se debe llevar a cabo conforme al precio convenido.

Se discute si el precio puede ser fijado indistintamente en la escritura de hipoteca, con posterioridad a ella, o bien, en el momento de exigir el pago; según el segundo párrafo del Art. 2916: "Puede

también convenir (el acreedor) con el deudor en que se le adjudique en el precio que se *fije al exigirse la deuda,* pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero".

En el caso del segundo párrafo del Art. 2916, la prohibición legal de que el precio se fije en el momento de ser otorgada la escritura, o antes del pago, obedece a lo siguiente: de otro modo, podría el deudor convenir un precio de adjudicación en el que se le perjudicara; podría el acreedor obtener la cosa lesionando los derechos del deudor; por idéntica razón se prohibe el pacto comisorio, mediante el cual las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa; este pacto era logrado por el acreedor cuando el deudor, necesitado con urgencia de recursos, aceptaba perder la cosa a sabiendas de que su valor era superior al crédito garantizado; el peligroso pacto comisorio, después de haber sido considerado lícito durante el derecho romano primitivo, fue prohibido y posteriormente todas las legislaciones lo consideran ilícito y nulo.

Tercer caso de venta judicial.—Es el relativo a la venta de un bien hipotecado, en el que se renuncia al juicio pero no a la pública almoneda; aunque ni uno ni otro Código lo reglamentan, cabe en el principio de la autonomía de la voluntad. En materia de prenda, si el acreedor prendario no es pagado, puede rematar la prenda sin necesidad de juicio, pero siempre cumpliendo todas las formalidades legales de la subasta: el acreedor puede obtener que el juez ordene el remate de la prenda; para la hipoteca, es lícito convenir que sin necesidad de juicio, podrá procederse a la venta, llenando todas las formalidades de la almoneda; si el crédito se ha extinguido por cualquier causa, no se perjudican los derechos del deudor ni de terceros, pues quedan a salvo, ya que tanto el deudor como los terceros pueden iniciar un incidente con el objeto de que se declare la extinción de la hipoteca y la cancelación del gravamen; aplicamos por analogía el Art. 488 del Código de Procedimientos Civiles. "...El deudor puede oponerse a la adjudicación alegando las excepciones que tuviere, y esta oposición se substanciará incidentalmente. También pueden oponerse a la venta, los acreedores hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria". El segundo párrafo del Art. 2916 del Código Civil ya citado, es aplicable también al caso en que se conviene el remate sin juicio, pero con todas las formalidades de la pública subasta.

Cuarto caso de venta judicial.—Nos referimos a la adjudicación que convienen deudor y acreedor en favor de éste, cumpliendo las formalidades de la pública subasta; el artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles sólo distingue adjudicación extrajudicial: "En el caso de la adjudicación prevista en el segundo párrafo del artículo 2916 del

Código Civil, se deberá solicitar avalúo del bien para fijar el precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago, debiéndose aplicar en lo conducente lo señalado en el artículo 486 de este ordenamiento. . ."; pero puede haber adjudicación sin juicio, pero con subasta: ésta sólo se efectúa para que los terceros y el deudor puedan oponerse cuando el crédito se haya extinguido, o sea, para que aquéllos gocen de una debida garantía, y puedan ser notificados haciéndose las publicaciones respectivas.

Antes de terminar el estudio de los diversos casos de venta judicial, conviene aclarar lo siguiente: al decir venta judicial no se implica necesariamente el juicio, pues dicha expresión supone venta decretada por el juez conforme a los trámites exigidos, y puede ocurrir, bien como consecuencia del juicio hipotecario en los casos en que no hay convenio; o bien, sin necesidad de juicio hipotecario en los casos en que se renuncia a éste, pero no a la subasta judicial.

Segunda forma.—La venta extrajudicial.—Presenta un solo caso. Por convenio, se renuncia al juicio y a la subasta ante el juez y se acuerda la forma privada en que deberá ser vendida la cosa, por ejemplo, por medio de un corredor; a falta de convenio sobre este último punto, la venta se hará mediante corredores; para ella, es requisito indispensable que se fije el precio, el cual debe determinarse, no en la escritura de hipoteca, sino en el momento de ser exigido el pago. En caso de que se exija el pago y nada se haya acordado sobre la venta extrajudicial, puede en ese mismo momento llevarse a cabo el convenio necesario para la misma.

Existe desacuerdo entre el segundo párrafo del Art. 2916 del Código Civil, y el artículo 488 del Procesal; dice el primer precepto citado: "Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero"; es decir, supone que es objeto del convenio fijar el precio para la adjudicación; pero no obstante eso, el segundo artículo citado dice: "En el caso de la adjudicación prevista en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, se deberá solicitar avalúo del bien para fijar el precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago, debiéndose aplicar en lo conducente lo señalado en el artículo 486 de este ordenamiento. La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la adjudicación alegando las excepciones que tuviere y esta oposición se tramitará incidentalmente. También pueden oponerse a la venta los acreedores hipotecarios posteriores alegando prescripción de la acción hipotecaria".

Como puede notarse fácilmente, se origina una contradicción con el Art. 2916: no obstante el convenio para fijar el precio de que habla este Art., el 488 ordena el avalúo, lo cual viene a ser redundante, y además contradictorio con el principio de la autonomía de la voluntad, siguiendo al cual, las partes han estipulado ya el precio: no hay lugar para el avalúo pericial, los peritos no tienen para qué intervenir. Esta es la primera interpretación que puede darse a la discordancia entre el segundo párrafo del Art. 2916, y el Art. 488.

Según una segunda interpretación, el avalúo de que habla el Art. 488 es la misma estimación que las partes hacen de la cosa al convenir la venta extrajudicial; no se trata, pues, de una contradicción entre los dos preceptos, sino de una aparente discordancia debida a la impropiedad de los términos empleados por el Art. 488, que no debiera decir "avalúo", pues esta expresión nos recuerda siempre el avalúo judicial; bastaría, por consiguiente, que el Art. 488 dijera que en el caso del Art. 2916, no habrá lugar a juicio ni a la almoneda, y que la cosa se venderá en el precio convenido.

Si el crédito se ha extinguido, como no ha lugar al juicio hipotecario, procede que el deudor o los terceros que tengan derecho real o gravamen constituido sobre el mismo bien hipotecado, se opongan a la venta extrajudicial; de lo contrario, podría venderse un bien hipotecado no obstante que el crédito se había ya extinguido por cualquiera de las causas previstas en el Código: esto acarrearía graves perjuicios a los derechos del deudor y de terceros; en el Art. 488 se permite la oposición de los hipotecados posteriores en caso de prescripción; en realidad, no sólo entonces puede haber oposición, sino también siempre que concurra alguna causa de extinción de las señaladas por el Código, tanto para la obligación principal, como para la hipoteca misma, no obstante que subsista la primera.

Debe entenderse que tercero interesado para oponerse a la venta es sólo el que tenga un derecho real o gravamen establecido sobre el bien hipotecado; ya hemos explicado que tercero interesado no es cualquier tercero en general, para los efectos del registro; falta el requisito del interés cuando el tercero no tiene un derecho real o gravamen sobre la cosa: por consiguiente, un tercero de esta clase no puede, según lo ordenado por el Art. 1o. del Código de Procedimientos Civiles, ejercitar una acción para oponerse a la venta extrajudicial. De ese modo, no pueden oponerse los acreedores quirografarios o comunes que no hayan embargado el bien: ni se les causa perjuicio, pues carecen de interés; todos ellos protegidos por la acción pauliana cuando el deudor

origina su insolvencia por un acto a título oneroso de mala fe, o a título gratuito, aunque haya habido buena fe.

CAPITULO VIII

Transmisión y Extinción de la Hipoteca

1.—*Transmisión.*—Para la transmisión de la hipoteca, se aplican las reglas de la cesión de todo crédito, es decir, deben observarse en el contrato de cesión las formas exigidas para la constitución de la hipoteca, o sea, debe notificarse al deudor, e inscribirse el contrato de cesión para los efectos relacionados con terceros; la regla general de la cesión de créditos dice que para ella son necesarias las mismas formalidades que para la constitución: por tanto, conforme al Código Civil, cuando el crédito hipotecario no exceda de quinientos pesos, la cesión requiere sólo documento privado, que deberá ser inscrito, pues una de las formalidades de la constitución es el registro, para los terceros; cuando excede de quinientos pesos, la cesión requiere documento público y registro. La notificación al deudor es un requisito que necesariamente debe cumplirse en toda cesión de créditos; en tanto no se notifique, la cesión no queda perfeccionada en relación con el deudor. Por lo que se refiere a las relaciones con terceros, puede ocurrir un conflicto si no se efectúa el registro.

La transmisión puede efectuarse por subrogación legal: ésta ocurre cuando un acreedor paga a otro acreedor hipotecario preferente; por ministerio de la ley, el primero adquiere el crédito hipotecario con todos sus accesorios legales. Frecuentemente, un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar desea adquirir el crédito colocado en primer término. Puede hacerlo mediante un contrato de cesión, pero si el primer acreedor no quiere cederlo, puede todavía lograr su objeto por la simple subrogación legal, pagando y substituyéndose al primer acreedor, el pago del crédito hipotecario sólo puede efectuarse cuando sea exigible, de modo que el segundo acreedor no podría subrogarse si el pago aún no fuera exigible: en este caso, sólo puede adquirir el crédito mediante un contrato de cesión. Una vez que el pago se hace exigible, puede subrogarse todo aquél que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

El Art. 2058 comprende cuatro casos de subrogación que se operan por ministerio de la ley:

I.—Cuando un acreedor paga a otro preferente; es el caso que tiene más aplicación práctica y que no presenta dificultad ninguna. Ya indicamos que se presenta cuando un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar paga al de primer término y se subroga en sus derechos; o cuando un acreedor quirografario que ha embargado el bien hipotecado paga al acreedor hipotecario.

II.—Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; además de la situación anterior, en que hay varios acreedores, pueden presentarse ejemplos de esta segunda situación, cuando el del legatario que recibe en legado una cosa hipotecada, paga para evitar el remate, subrogándose así en los derechos del acreedor hipotecario contra la herencia.

La subrogación en los casos de legado, es reglamentada por el Art. 1443: "Si la cosa legada está dada en prenda o hipotecada, o lo fuere después de otorgado el testamento, el desempeño o la redención serán a cargo de la herencia, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa. Si por no pagar el obligado, conforme al párrafo anterior, lo hiciere el legatario, *quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra aquél*. Cualquiera otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia". En los casos de legado, al pagar el legatario una hipoteca a cargo de la herencia, se subroga en el derecho personal contra la herencia para exigir el cumplimiento de la obligación principal, y en el derecho real de hipoteca, para discutir la preferencia con otros titulares de gravámenes.

III.—Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia. Si paga un crédito hipotecario, se subroga en éste, y si en definitiva se le adjudica el bien en la división que se haga de la herencia, se dará el caso de la hipoteca de propietario si la cosa reporta algún gravamen, a efecto de que el heredero, como dueño y acreedor hipotecario a la vez, oponga su preferencia al titular de ese gravamen.

IV.—Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Ocurre que el que adquiere un inmueble y paga la hipoteca anterior a la adquisición, se convierte en propietario de la cosa y titular hipotecario de la misma; tiene interés jurídico en ello, cuando hay hipotecas posteriores o embargos sobre la cosa; ejemplo: un bien que reporta varias hipotecas es adquirido en compraventa, el comprador paga la primera hipoteca, se subroga en los derechos del acreedor hipotecario colocado en primer lugar, y así puede discutir la preferencia a los hipotecarios

posteriores; pues si la primera hipoteca se extinguiera por pago, automáticamente la segunda quedaría en primer término, y ya no habría interés jurídico para el adquirente en pagar esta hipoteca.

2.—*Duración de la hipoteca.*—Se formula la siguiente regla general: la hipoteca dura lo que la obligación que garantiza, a no ser que haya pacto expreso que extablezca una duración menor que aquella; no puede haber un pacto expreso que señale para la hipoteca una duración mayor que la de la obligación garantizada, pues como contrato accesorio que es el de garantía, no sobrevive al principal, aunque sí pueda durar menos, por pacto expreso.

Art. 2927: "La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años; los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal".

El Código Civil vigente, al señalar un término máximo para la prescripción de la acción hipotecaria, sigue a los códigos anteriores y a la Ley Hipotecaria española; la diferencia estriba en la magnitud de ese término; mientras el Código vigente da diez años para la prescripción de la acción hipotecaria, los códigos anteriores y la Ley española daban veinte; este último término fue tomado de la Ley 67 de Toro. El término de prescripción de la acción hipotecaria está íntimamente ligado con el problema de la duración, ya que una de las formas de extinción de la hipoteca es precisamente su prescripción; al determinarse que la acción hipotecaria prescribe en diez o en veinte años, se establece un término de duración de la hipoteca independiente del de la obligación principal, y se crea un problema que sólo tuvo razón de ser en la Ley 67 de Toro, en donde la obligación principal tenía la misma duración de veinte años que la hipoteca, de modo que aquélla no podía tener un término menor que ésta. Siendo una obligación accesoria, se mandaba que debía durar lo mismo que la principal, y como el plazo de prescripción de ésta era de veinte años, debía ser el mismo para la hipoteca.

Los códigos modernos, al señalar plazos de prescripción distintos para la obligación principal, lógicamente no deben determinar un máximo para la prescripción de la acción hipotecaria: no puede darse el caso de que prescrita la obligación principal, sobreviva la hipotecaria. Pero al señalar un término máximo de prescripción, se puede pensar que puede prescribir la obligación principal y continuar vigente la obligación hipotecaria: ejemplo, en las obligaciones cuya acción prescribe en un término menor de diez años (para las obligaciones principales,

la ley señala términos menores de diez años y un término máximo de diez años para los casos no reglamentados), se daría el problema de la acción hipotecaria aún no prescrita, habiendo ya prescrito la obligación principal, lo que jurídicamente es inadmisible, v. gr.: para garantizar la obligación nacida de un contrato de prestación de servicios profesionales, es decir, para garantizar el pago de los honorarios de un arquitecto o de un médico, se constituye hipoteca; si el acreedor no exige el pago en dos años, ha prescrito su acción de honorarios, y debe extinguirse también su acción hipotecaria: de ningún modo podríamos decir que ésta última está todavía vigente debido a que tiene un término máximo de prescripción de diez años.

La regla general es pues, en el sentido de que la acción hipotecaria prescribe en el mismo término que la acción principal. En la Ley 67 de Toro, el hecho de que la acción principal prescribiera en veinte años, originaba el problema de un término independiente para la acción hipotecaria; pero en nuestro derecho no podemos aceptar que la acción hipotecaria tenga un término de prescripción independiente de la obligación principal; lo mismo se dice acerca de la vigencia de la hipoteca: durará lo mismo que la obligación principal. En contra del sistema de la Ley de Toro (o sea, del término independiente de prescripción), tenemos los arts. 2927: "La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice. . .", y el 2941, frac. II: "Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca: II.—Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía".

En los casos en que el término de prescripción de la obligación principal sea menor de diez años y haya hipoteca, si se interrumpe aquél (y a pesar de que sólo se demande la obligación principal), se interrumpirá también sólo entre las partes, el término de prescripción de la acción hipotecaria: entonces ésta tendrá un término de vigencia igual al de la principal, en el que ha habido una interrupción debido a una demanda y por tanto, será mayor de diez años. Tenemos aquí una objeción más al sistema que sostiene la tesis de la independencia del término de prescripción, el cual exclusivamente se aplica cuando existan otros acreedores hipotecarios o en el caso de que sea un tercero el dueño de la cosa hipotecada, pues frente a todos ellos no surtirá efecto la interrupción del término de prescripción de la obligación principal, que sólo será oponible al deudor.

En las obligaciones que prescriben antes de diez años, la hipoteca se extingue por el simple transcurso del plazo señalado en la ley, excepto cuando los créditos fueren litigiosos, pues como pueden los litigios durar algunos años, podría sostenerse, contra nuestra tesis, que la hipoteca

prescribe entre tanto se falla el litigio; por ejemplo, en las obligaciones que prescriben en diez años, si sólo se ejercita la acción principal, puede alegarse, habiendo durado el litigio más tiempo, que una vez obtenida la sentencia, la garantía se ha extinguido por prescripción. Pero no sucede así: la prescripción de la obligación accesoria debe ser igual a la de la principal: mientras ésta se halle interrumpida por el litigio, la primera también lo estará.

El término de prescripción de la hipoteca tiene interés en relación con la duración de la garantía y con su preferencia: la garantía conserva su preferencia durante todo el término de prescripción de la acción hipotecaria. El término de duración de la hipoteca es el necesario para exigir la obligación principal, al que se agrega el término de prescripción durante el cual la hipoteca conserva su preferencia; podría interpretarse el Art. 2927 en el sentido de que la hipoteca pierde su preferencia al concluir el primer plazo; esta interpretación antijurídica daría como resultado la extinción de la hipoteca en el momento de ser exigida; pero no es eso lo que el precepto quiere decir: el término "durará" comprende no sólo el plazo señalado para hacer exigible una obligación, sino también el plazo de prescripción de la misma; si se estipula un plazo de diez años para la exigibilidad de la obligación principal, la hipoteca durará no sólo durante esos diez años, sino también durante todo el término de prescripción de la obligación principal; ejemplo: una obligación en la que se conceden diez años para su pago, y que según la ley prescribe en cinco años, motivará que la hipoteca dure quince años, diez años para la exigibilidad del crédito y cinco para la prescripción de la obligación principal.

El Art. 2929 dice: "Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen"; este artículo, perfectamente claro, está redactado para el caso de prórroga, pero sin embargo, tiene aplicación aunque no exista ésta; la hipoteca conservará su prelación durante el plazo de exigibilidad de la obligación principal y también durante el término de prescripción de la misma.

3.—*Prórroga de la hipoteca.*—La hipoteca puede prorrogarse, y la prórroga puede ser expresa o tácita; hay prórroga tácita cuando se prorroga por primera vez el plazo de la obligación principal; se entiende que al hacerse esto, ha quedado también prorrogada la hipoteca, pues de lo contrario, el acreedor renunciaría, por la prórroga, a un derecho ya adquirido. Para que pueda prorrogarse la hipoteca en forma tácita,

es menester que la escritura de prórroga de la obligación principal, cumpla las mismas formalidades que la de constitución de hipoteca; además, es menester el registro, pues sin él, la prórroga no surte efectos contra terceros; de este modo, se requiere la escritura pública, si la hipoteca que se prorroga es por cantidad superior a quinientos pesos.

La prórroga expresa es aquella en la que se estipula de modo categórico el plazo durante el cual la hipoteca se entiende continuada; el plazo puede ser igual o inferior al de la prórroga de la obligación principal, pero nunca superior. Art. 2928: "Cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca"; la primera parte se refiere a la prórroga tácita, que siempre es por el mismo plazo que la prórroga de la obligación principal; la segunda parte, a la prórroga expresa, que puede ser por un tiempo menor; si no se establece expresamente la diferencia entre los dos plazos, se presumirá que ambos son iguales.

Efectos de la prórroga: la hipoteca conserva su prelación, si la prórroga es por primera vez, durante todo el tiempo de la prórroga más el plazo de la prescripción; no se violan los derechos de terceros al conservarse la prelación, pues el gravamen estaba ya constituido de antemano, y los terceros sólo tenían una expectativa de que la hipoteca prescribiera en cierto plazo, pero no un derecho adquirido, ya que éste comienza una vez que la hipoteca ha prescrito; ahora bien, como la prórroga se hace durante la vigencia de la hipoteca, la expectativa de los terceros simplemente se ve alterada por el aumento de un término, como ocurriría si se interrumpiera el término de prescripción, que en el caso es una situación análoga, por el reconocimiento del derecho por parte del deudor. Art. 2929: "Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen".

Si la hipoteca es prorrogada por segunda vez, se impide que los terceros con derecho real o gravamen experimenten algún perjuicio en sus intereses, por lo que la prelación sólo se extiende al término de la primera prórroga, más el de prescripción; supongamos una obligación principal por un término de diez años; esto significa que durante diez años, más el plazo de prescripción que es de diez años, o sea, durante veinte años tendrá preferencia la hipoteca constituida en primer lugar; pero si luego se prorroga por otros cinco años más la obligación, ello no quiere decir que la hipoteca mantenga su prelación durante veinticinco años gracias a una segunda prórroga; la preferencia se mantiene sólo veinte años; si a los veinte años no se exige el pago, pierde su

prelación. Art. 2930: "La hipoteca prorrogada por segunda o más veces sólo conservará la preferencia derivada del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el artículo anterior; por el demás tiempo, o sea, el de la segunda o ulterior prórroga, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro. Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague su crédito".

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 146 y 147.

4.—*Extinción de la hipoteca.*—La hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal, o por causas directas; de modo que hay dos formas generales de extinción de la hipoteca; podemos denominar a la primera, extinción por vía de consecuencia; a la segunda, extinción por causas directas.

5.—*Extinción indirecta o por vía de consecuencia.*—Ocurre siempre que se extingue la obligación principal: las formas ya conocidas de extinción por pago, remisión, compensación, novación, nulidad, rescisión y prescripción liberatoria, originan el fin de la hipoteca.

6.—*Extinción de la hipoteca por causas directas.*—La hipoteca puede extinguirse en forma directa, si tomamos en cuenta que es una obligación originada por acto jurídico o por la ley (si es hipoteca necesaria), y al mismo tiempo, que es también un derecho real. Las causas de extinción por vía directa se refieren tanto al fin de la hipoteca como obligación y como derecho real. A continuación las examinaremos separadamente.

1.—*Remisión de la hipoteca.*—El acreedor hipotecario puede remitir simplemente su derecho real de hipoteca, sin extinguir la obligación principal; es decir, puede renunciar a la garantía constituida a su favor. La remisión se efectúa mediante un acto unilateral: desde que el acreedor, por manifestación de voluntad auténtica y susceptible de plena comprobación jurídica, renuncia, condona o remite la hipoteca, este derecho real se extingue sin que sea menester que el deudor acepte la renuncia. La remisión de la hipoteca, como toda remisión de derechos, es pues un acto jurídico unilateral que surte sus efectos desde la fecha en que se lleva a cabo, sin necesitarse la aceptación del deudor.

En nuestro derecho, al definirse la remisión, se le caracteriza como un acto jurídico unilateral: Art. 2209: "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas,

excepto en aquellos casos en que la ley lo prohibe". En el derecho francés e italiano, se discute si la remisión es unilateral o si requiere la aceptación, es decir, si es contrato; en el Código Civil alemán, la remisión se define como un convenio entre acreedor y deudor, por el que el primero perdona la deuda al segundo, y éste acepta; en los sistemas que consideran a la remisión como acto bilateral, no se extingue la hipoteca, sin que el deudor acepte la condonación, y el registrador público no podrá inscribir una escritura o documento auténtico, en el que por manifestación unilateral conste la remisión. En cambio, en nuestro derecho, el registrador está obligado a cancelar la hipoteca mediante el documento auténtico, sea público o privado, en el que por manifestación unilateral del acreedor se renuncie a la garantía.

Nos referiremos ahora a un problema de interpretación que surge cuando se hace remisión de un crédito garantizado con hipoteca, prenda o fianza: o sea, cuando existe la duda de si el acreedor quiere remitir tanto la obligación principal como la accesoria, o sólo esta última. Para esos casos existe el principio de que la remisión es de estricta aplicación, y de que no debe hacerse extensiva: debe, pues, interpretarse en beneficio del remitente. Art. 2210: "La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas deja subsistente la primera"; si la condonación o remisión es expresamente para la obligación principal, las accesorias también quedan extinguidas; pero si la remisión se refiere expresamente a las accesorias, la principal continúa.

2.—*Perecimiento o destrucción del bien hipotecado.*—Esta es una forma típica de extinción de los derechos por el perecimiento de la cosa; existen cuatro formas de perecimiento:

1.—La destrucción material del bien.

2.—Que la cosa quede fuera del comercio.

3.—Su pérdida de modo que no pueda localizársele, lo cual supone una imposibilidad manifiesta para encontrarla.

4.—Casos en que se sabe dónde se halla, pero no existe la posibilidad material de recuperarla; como ejemplo pondremos el de una embarcación hipotecada que se ha hundido en un paraje marítimo conocido, pero existe imposibilidad de sacarla a flote.

De las cuatro formas, es menester distinguir los casos de perecimiento total, y los de perecimiento parcial. Puede un bien hipotecado perecer sólo en parte: si un inmueble hipotecado se destruye por caso for-

tuito en la sola construcción o edificación, la hipoteca subsiste sobre el suelo. A propósito del usufructo, cuando hay perecimiento parcial, y la finca se reconstruye, el usufructo renace sobre los bienes reconstruidos: esta regla debe, analógicamente, aplicarse a la hipoteca, y tiene constante aplicación en las frecuentes demoliciones que tienen por objeto construir nuevos edificios; el ejemplo es constante en la ciudad de México: si el edificio demolido estaba hipotecado, debe estimarse que la hipoteca no se ha extinguido por la demolición, sino que subsiste sobre la nueva construcción; además de la aplicación por analogía de la regla del usufructo, tenemos la disposición expresa de que la hipoteca se extiende a los nuevos pisos levantados: lógicamente debe extenderse a la construcción nueva, posterior a una demolición. Art. 2896, frac. IV: "La hipoteca se extiende, aunque no se exprese: IV.—A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados"; como partimos de que el suelo y la construcción estaban hipotecados, hemos de aplicar expresamente la primera parte de la frac.: IV.

Cuando es imputable al deudor la destrucción de la garantía, existe una situación semejante al caso en que la garantía se pierde estando asegurado el bien; el valor del seguro se considera como un substituto de la cosa destruida, y sobre él recae la hipoteca; del mismo modo, en la demolición voluntaria, imputable al deudor, la nueva construcción debe considerarse como un substituto de la garantía para responder. *El sustituto real consiste en lo siguiente: cuando una cosa afecta a un derecho real se destruye y es substituida por un bien o valor, la hipoteca se extiende a la nueva cosa que reemplaza a la anterior.* Si en materia de bienes asegurados e hipotecados, se considera que el pago del seguro es un substituto real, a mayoría de razón, debe extenderse la hipoteca sobre la nueva construcción, en el caso en que el deudor hipotecario haya destruido el primitivo edificio para levantar uno nuevo.

Destrucción de la cosa cuando está asegurada.—Según la regla general, si la cosa hipotecada perece, la hipoteca se extingue, pero se considera que si el bien estaba asegurado, el pago del seguro substituye a la cosa; los autores Pantoja y Lloret hacen esta distinción: si al constituirse la hipoteca los bienes ya estaban asegurados, se presume que el acreedor hipotecario tomó en cuenta el seguro para que substituyese a los bienes en caso de riesgo: por consiguiente, sí tiene derecho el acreedor hipotecario al pago del seguro; pero si los bienes hipotecados fueron asegurados con posterioridad, se considera que el acreedor no tomó en cuenta ese posible substituto, sino que aceptó su hipoteca a todo evento o riesgo: el valor del seguro no debe entonces aprovecharle.

En Francia, por ley especial, expresamente se dispone que si los bienes hipotecados son asegurados, el acreedor tendrá derecho al pago del seguro, aun cuando sea posterior a la hipoteca; Baudry-Lacantinerie dice que esta disposición es excelente; no sólo se tiene derecho al seguro cuando la hipoteca es posterior a él, sino también cuando la hipoteca es anterior; la indemnización del seguro es un valor patrimonial que reemplaza al valor de la cosa; ahora bien, como el deudor responde con todos sus bienes, el nuevo valor no es en beneficio suyo, sino que entra a formar parte de la garantía. Como los bienes asegurados estaban hipotecados, el acreedor debe tener preferencia, ya que el valor del seguro substituye a la cosa hipotecada: no hay razón para que el valor de la indemnización deba repartirse a prorrata en un concurso de acreedores; el acreedor hipotecario no está colocado en el mismo plano que los acreedores comunes.

Ha habido cuatro teorías para explicar por qué el acreedor hipotecario tiene derecho a exigir el pago del seguro.

1.—*La de Colin y Capitant;* estos autores consideran que hay una subrogación personal, no real; la explicación es desechada, porque en realidad existe subrogación real: el valor de la indemnización substituye a la cosa; no puede haber subrogación personal, porque ello supondría que un tercero paga el crédito al propio acreedor hipotecario.

2.—*La de Bonnecase;* dice este autor que hay una subrogación real: la cosa es substituida por el importe del seguro.

3.—*La de Planiol;* según él, hay una delegación directa del crédito, en virtud del seguro, en favor del acreedor hipotecario; al ocurrir la destrucción de la cosa hipotecada y asegurada, el crédito del deudor originado por el seguro se transfiere al acreedor hipotecario; hay delegación directa, de modo que la compañía de seguros debe ya al acreedor hipotecario, pues éste tenía un derecho real de garantía sobre el precio de la cosa, y el seguro ha venido a substituir a dicho precio.

4.—*La teoría de Baudry-Lacantinerie;* es una modalidad de la segunda: el valor del seguro no substituye a la cosa, sino al precio de la cosa; el acreedor hipotecario tiene derecho preferente sobre el precio de la cosa; por consiguiente, también debe aplicársele preferentemente el valor del seguro.

3.—*Prescripción.*—La hipoteca también se extingue por prescripción. Conviene en esta materia recordar la diferencia ya explicada con anterioridad, con el objeto de interpretar debidamente los casos de prescripción de la hipoteca. Hemos criticado ya la regla que admite un tér-

mino independiente de prescripción para la acción hipotecaria, por considerar que ésta y la obligación principal prescriben al mismo tiempo.

A pesar del indiscutible fundamento lógico de este principio, el Código Civil vigente dice que la acción hipotecaria prescribe en diez años, de donde se desprende que, por lo menos aparentemente, dicha acción continuará vigente aunque ya haya prescrito la principal, en el caso en que ésta tenga un término de prescripción menor de diez años. Claramente el Código acepta el término independiente de prescripción; pero, por lo ya dicho, debe rechazarse esta solución.

Borja Soriano, revista citada, t. IV, págs. 145 y 146.

Sólo se puede admitir la independencia de los dos términos de prescripción, para el efecto de que a pesar de que se ejercite la acción personal contra el deudor, siga corriendo el término de prescripción de la hipoteca, cuando ésta se hubiere constituido por un tercero, o bien, en beneficio de los terceros que tengan algún gravamen sobre el bien hipotecado. Cuando el deudor principal es el poseedor del fundo hipotecado, no puede admitirse la separación, pues la acción personal intentada, interrumpe el término de prescripción de la accesoria, ya que el sujeto pasivo de ambas es el mismo. Si hubiere acreedores hipotecarios de ulterior grado, tampoco les será oponible la interrupción que se hubiere realizado respecto la deuda principal y, por lo tanto, si no se ejercitó la acción real hipotecaria, podrán alegar la prescripción de la hipoteca que les sea preferente.

4.—*Extinción del derecho real objeto del gravamen.*—Ya hemos explicado que los derechos reales sobre inmuebles, con excepción de las servidumbres, el uso y la habitación, pueden ser hipotecados; pues bien, la hipoteca constituida sobre ellos se extingue, naturalmente, al extinguirse los propios derechos reales.

Si el usufructo termina por hecho voluntario del usufructuario, la hipoteca, sin embargo, durará por todo el tiempo que debió haber durado el usufructo, de no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin. Supongamos un usufructo vitalicio hipotecado; pasado cierto tiempo, el usufructuario renuncia a su derecho real; dicha renuncia, extintiva del usufructo, no extingue la hipoteca, pues ésta debe continuar hasta la muerte del usufructuario.

Art. 2903: "La hipoteca constituída sobre derechos reales sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba,

éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo, y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el usufructo hubiere concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin". Este artículo sigue a la Ley Hipotecaria española, y representa una inovación respecto al Código anterior, que no preveía el caso de la conclusión del usufructo por voluntad del usufructuario; tiene por objeto proteger al acreedor hipotecario contra un acto indebido o doloso del usufructuario; en relación con este acto, existen dos sistemas: 1.—El aplicado en materia de arrendamiento por el Código vigente; el arrendamiento concluye al terminar el usufructo, pero se dejan a salvo los derechos del arrendatario para exigir el pago de daños y perjuicios al usufructuario: 2.—El del Art. 2903, que permite la supervivencia de la hipoteca durante todo el tiempo que debía haber durado el usufructo. En el sègundo sistema, no se perjudica al nudo propietario: en efecto, existía ya en calidad de situación definitiva el hecho de que el usufructo debía durar cierto tiempo, o vitaliciamente; por consiguiente, en relación con el nudo propietario, la renuncia u otro hecho voluntario no perjudican un derecho adquirido, sino una simple expectativa. En cambio, el hecho voluntario que pone fin al usufructo sí lesiona al acreedor hipotecario, dañándolo en un verdadero derecho adquirido y no sólo en una mera expectativa: por ello se ha preferido el sistema del Art. 2903; pues el acreedor ya tenía derecho a que su hipoteca durara un tiempo determinado.

Tratándose de otros derechos reales, la hipoteca concluye con el término de ellos, sin distinguir si dicha extinción se deba a hechos voluntarios o involuntarios del titular; el Código concede sólo al acreedor hipotecario una acción para la constitución de una nueva hipoteca, o para exigir daños y perjuicios cuando haya culpa en la extinción. Podemos considerar que ésta es la regla general para la hipoteca sobre derechos reales; se halla contenida en la primera parte del Art. 2903; la segunda parte consagra una excepción especial de supervivencia de la hipoteca para el caso de usufructo.

5.—*Consolidación.*—Otra causa directa de la extinción de la hipoteca, es la consolidación. Hay consolidación cuando el adquirente del predio hipotecado es a su vez adquirente de la hipoteca, o bien, cuando el titular de la hipoteca adquiere la cosa hipotecada. Como nadie puede tener gravamen sobre cosa propia (fuera de los casos señalados para la hipoteca de propietario), lógicamente, al reunirse en una sola persona

la propiedad y el derecho real de hipoteca, ésta se extingue. Sin embargo, existen dos excepciones a esa regla general.

1.—En el caso de herencia.

2.—En el pago con subrogación.

Primera excepción.—Si entre los bienes de la herencia se halla el crédito hipotecario y uno de los coherederos es el propietario de la cosa hipotecada, o bien, si en la herencia se encuentra la cosa hipotecada y uno de los herederos es el acreedor hipotecario, la hipoteca no se extingue entretanto no se haga la liquidación; en nuestro derecho, la aceptación de la herencia no produce confusión entre el patrimonio personal del heredero y el patrimonio hereditario; además, la liquidación está sujeta al beneficio de inventario y a la partición de los bienes para determinar a quién se adjudican: por estas razones, la hipoteca no se extingue por la mera aceptación de la herencia. Examinemos ahora dos casos.

Primer caso.—Si una persona hereda el crédito hipotecario que grava un bien de su propiedad, no se produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese. Art. 2208: "Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor, o éste a aquél".

Segundo caso.—Es el inverso, es decir, cuando el acreedor hipotecario hereda, con los demás herederos, el bien hipotecado: es menester esperar a la liquidación para determinar si el bien hipotecado se adjudicará al heredero; entonces, para que se extinga la hipoteca, son necesarias las compensaciones entre los distintos herederos.

Cuando el legatario adquiere por legado la hipoteca que grava una cosa de su propiedad, la regla aplicable es distinta, pues el legatario adquiere la plena propiedad de bienes determinados en el instante mismo de la muerte del testador; otro caso ocurre cuando el legatario es acreedor hipotecario y se le transfiere en legado la cosa hipotecada, también la regla aplicable será distinta. En ambos casos puede haber confusión; en el primero, se ha confundido la calidad de acreedor hipotecario y de propietario de la cosa hipotecada; pero el legatario conserva su crédito en lo principal en contra de la sucesión y si existe algún gravamen posterior a la hipoteca, también se da el caso de la hipoteca de propietario para que sea oponible al titular de dicho gravamen. En el segundo caso, si el testador no dispone que la hipoteca será a cargo del legatario, se entiende que la deuda principal es a cargo de la sucesión; entonces no hay consolidación desde el punto de vista de la obligación personal, en virtud de que la sucesión es responsable del pago de esa deuda; pero desde el punto de vista de la hipoteca, sí hay consolidación, en virtud de que la misma persona tiene las calidades de propietario y titular de la garantía, excepto si la cosa reporta otros gravámenes, por la misma razón anterior.

Segunda excepción.—Se refiere al pago con subrogación, ya estudiado con anterioridad; este caso ocurre cuando el adquirente de un inmueble paga

la primera hipoteca constituida sobre el mismo; a pesar de que en el adquirente se reúnen las dos calidades, como hay otras hipotecas sobre el mismo bien, la hipoteca colocada en primer lugar no se extingue: el propietario se subroga en esta hipoteca para discutir la preferencia a los demás acreedores hipotecarios. Art. 2058, frac. IV: "La subrogación se verifica por ministerio de la ley, y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: IV.—Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición". Si después de adquirido el inmueble, se paga la única hipoteca que reporta, ésta se extingue; no hay interés jurídico para su supervivencia, con el objeto de discutir prelación o preferencia, a no ser que haya otros gravámenes, como embargos.

6.—*Expropiación.*—En caso de expropiación del bien hipotecado, se sigue una regla semejante a la ya explicada para el caso de destrucción del bien hipotecado y asegurado; indicábamos que cuando éste perece, el precio del seguro substituye al bien mismo, por una subrogación real, y que el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con el seguro; de la misma manera, la indemnización obtenida debido a la expropiación de una cosa, substituye a ésta, y el acreedor hipotecario tiene derecho a ser pagado con dicha indemnización. Art. 2910: "Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. *Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial*".

7.—*Venta judicial.*—Ocurre lo mismo que en los casos de seguro y de expropiación: el precio obtenido en la venta judicial substituye a la cosa, con la finalidad de que el acreedor hipotecario se pague con la prelación reconocida por la ley, según los distintos acreedores hipotecarios, privilegiados o comunes que concurran; esto sucede en el procedimiento seguido por el mismo acreedor hipotecario, o en juicio entablado por otro acreedor. El producto de la venta judicial obtenido en un substituto de la cosa, y servirá para pagar en la forma que ya lo hemos obtenido en un substituto de la cosa, y servirá para pagar en la forma que ya lo hemos indicado en otra ocasión. Art. 2985: "Del precio de los bienes hipotecados, o dados en prenda, se pagará en el orden siguiente:

I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes;

II.—Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes;

III.—La deuda de seguros de los propios bienes:

IV.—Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2982, comprendiéndose en el pago, los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoraticios, según su fecha, así como sus réditos, durante los últimos seis meses".

Messineo, ob. cit., t. IV, págs. 123 y 124.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA LA FECHA

Hipoteca voluntaria. Puede constituirse por declaración unilateral de voluntad. (Legislación del Estado de Sinaloa).—La hipoteca que no tiene el carácter de necesaria, sino voluntaria, bien puede constituirse en un contrato, pero además, puede bastar una declaración unilateral de voluntad para constituirla, toda vez que el artículo 2801 del Código Civil para el Estado de Sinaloa, distingue claramente dentro de las hipotecas voluntarias las convendas entre partes, o las impuestas por disposición del dueño de los bienes, de donde se advierte que es perfectamente válido el hecho de constituir el gravamen mediante una declaración unilateral de voluntad, tanto más si el artículo 2774 del mencionado Código Civil no define a la hipoteca como un contrato, sino como una garantía constituida sobre bienes. No es exacto, por otra parte, que los casos en que una declaración unilateral de voluntad produzca consecuencias jurídicas, estén limitativamente enunciadas por la legislación Civil, pues si las disposiciones del Código Civil se refieren expresamente a los casos de ofertas al público, promesas de recompensas, estipulaciones a favor de tercero y emisión de títulos, con ello no se significa que tales casos sean los únicos posibles y bien podría afirmarse la existencia de una regla jurídica en el sentido que la declaración unilateral de voluntad sí es una fuente genérica de obligaciones, salvo los casos de limitaciones expresas del propio texto legal, de manera que no puede considerarse que el hecho de que el deudor pueda en su testamento mejorar la condición de su acreedor haciendo hipotecario el crédito simple, sea el único caso en que una manifestación unilateral de voluntad es bastante para imponer el gravamen hipotecario, advirtiéndose que no es verdad que el artículo 2800 del Código Civil en consulta señale que la hipoteca deba constituirse precisamente en un contrato, pues claramente especifica que la misma se contrae por voluntad, o sea, unilateralmente, así como en los convenios entre partes y por necesidad.

Amparo directo 1338/75.—Ricardo Carrillo Valenzuela.— 2 de julio de 1976.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volúmenes 91-96. Cuarta parte. Julio-diciembre 1976. Tercera Sala. Pág. 46.

Hipoteca, registro de la. Legislación del Estado de Yucatán.—De conformidad con lo establecido por el artículo 2036 del Código Civil para el Estado, la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad tiene efectos constitutivos y no simplemente declarativos, por tanto, si no se cumple con ese requisito, la hipoteca no producirá efecto legal alguno sino desde la fecha y hora en que quede debidamente registrada.

Amparo directo 305/80.—Miriam Echeverría Boldo.—15 de octubre de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gabriel Santos Ayala.

Informe 1980. Tribunal Colegidado del Décimo Circuito. Núm. 10. Pág. 279.

TITULO X

LA PRENDA

CAPITULO I

Definición y Bienes Objeto de Prenda

1.—*Definición.*—La prenda se define bien como contrato o como derecho real. Por prenda se entiende también, la cosa misma objeto de la garantía.

Nuestros Códigos definen la prenda como un derecho real. El artículo 1773 del Código Civil de 1884 decía: "La prenda es un derecho real que se constituye sobre algún objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

El Código Civil vigente en su artículo 2856 declara que: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Las definiciones anteriores no son completas, en virtud de que omiten un elemento de importancia, consistente en la entrega que en forma real o jurídica se hace al acreedor, y en la determinación de los bienes muebles enajenables materia de la garantía.

En esa virtud podemos decir que la prenda es un derecho real que se constituye sobre bienes muebles enajenables, determinados, que se entregan real o jurídicamente al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago, concediéndole además los derechos de persecución y de venta sobre los citados bienes en caso de incumplimiento.

Para abarcar en una definición todos los aspectos de la prenda, como derecho real y como contrato real y accesorio, podemos definirla diciendo que es un *contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un*

tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez que se cumpla dicha obligación.

Estimamos que la anterior definición es la más completa, en virtud de que se precisan los distintos elementos y caracteres de la prenda como derecho real y como contrato accesorio de naturaleza real, por requerir para su constitución la entrega material o jurídica de la cosa.

G. Marty, Derecho Civil, tomo relativo a las *Garantías Accesorias*, traduc. de José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, pág. 32.

2.—*Elementos que se desprenden de la definición propuesta.*—Dichos elementos son los siguientes:

a) La prenda es un contrato accesorio.
b) La prenda es un contrato real.
c) Da nacimiento a un derecho real de garantía, y
d) Recae sobre bienes muebles, enajenables y determinados.

3.—*La prenda es un contrato accesorio.*—El carácter accesorio de la prenda nos permite afirmar las mismas consecuencias que son inherentes también a la fianza y a la hipoteca. Es decir, la existencia y validez del contrato accesorio dependerán de la existencia y validez del contrato principal; por lo tanto, si el contrato principal es inexistente o nulo de pleno derecho, la prenda también lo será.

Tratándose de obligaciones principales sujetas a nulidad relativa, se aplica el mismo principio que para la fianza: sólo puede invocar la nulidad relativa el deudor y, por consiguiente, cuando la prenda ha sido constituida por un tercero, éste no podrá invocar la nulidad de la misma. Ahora bien, como generalmente la prenda se constituye por el mismo deudor, la nulidad relativa de la obligación principal afectará a la prenda y podrá ser invocada por el deudor.

Como consecuencia de ser la prenda un contrato accesorio, sólo puede constituirse para garantizar hasta el monto de la obligación principal, o una cantidad inferior, pero nunca una superior.

Por lo que se refiere a las modalidades que pueden afectar a la obligación principal, el carácter accesorio de la prenda motivará que si la obligación principal depende de una condición suspensiva o resolutoria, la obligación accesoria quedará sujeta para su nacimiento o extinción a dichas condiciones. Lo mismo debe decirse cuando la modalidad es un término suspensivo o extintivo.

4.—*La prenda es un contrato real.*—La prenda como contrato real sólo existe desde el momento en que se hace entrega de la cosa al acreedor. Tradicionalmente el carácter real de la prenda se ha reconocido en términos absolutos, exigiéndose una entrega material de la cosa, de tal manera que si ésta no se entregaba, no se llegaba a constituir el contrato, existiendo sólo una promesa de prenda o antecontrato, para el caso de que el deudor o un tercero se obligaran a entregar la cosa al acreedor.

G. Marty, ob. cit., pág. 38.

El Código Civil de 1884 reconoció este carácter real de la prenda en el artículo 1776, según el cual: "El contrato de prenda sólo puede producir sus efectos por la entrega de la cosa empeñada y su permanencia en poder del acreedor, a no ser que éste la pierda sin culpa suya, o que la prenda consista en frutos, según lo dispuesto en los dos artículos siguientes". Existía sin embargo una excepción cuando la prenda recaía sobre frutos pendientes de bienes raíces, ya que en este caso se permitía que la prenda quedara en poder del deudor, es decir, se admitía la posibilidad de que se constituyera sin la entrega de la cosa, estimándose en el Código anterior que el deudor era un depositario de la misma, y que por tanto, había entrega jurídica. El artículo 1778 de ese Código prescribía: "Cuando la prenda consista en frutos de cosa raíz, sea que estén pendientes o ya recogidos, el dueño de la finca será considerado como depositario, salvo convenio en contrario". Esta excepción se admitió en nuestra legislación anterior para facilitar operaciones prendarias a los agricultores.

G. Marty, ob. cit., págs. 37 y 38.

En el Código Civil vigente se reconoce el carácter real de la prenda, pero se acepta no sólo la entrega material, sino también la jurídica. Prescriben los artículos 2858 y 2859: "Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente". "Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público. El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder, en los términos que convengan las partes".

G. Marty, ob. cit., pág. 39.

También el artículo 2857 del Código vigente reglamenta la prenda de frutos pendientes de bienes raíces que deban ser recogidos en tiempo determinado, y para que surta sus efectos contra tercero añade el Código que deberá inscribirse en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva. Se agrega además que el deudor será considerado como depositario tal como decía el Código anterior.

Esta modificación del Código vigente en cuanto a la entrega jurídica, en realidad viene a desvirtuar el carácter real de la prenda, y es una consecuencia de la propensión del legislador de 1928 tendiente a suprimir los contratos reales, habiendo privado de este carácter, según ya indicamos, a los contratos de mutuo, depósito y comodato, que en unión con la prenda constituyeron los contratos reales del derecho romano.

Para evitar en parte los conflictos que pueden suscitarse con tercero en los casos de entrega jurídica o de prenda de frutos pendientes de bienes raíces, el Código vigente ha prescrito el registro de la prenda, a efecto de que pueda perjudicar a tercero. Sin embargo, esta medida sólo resulta práctica y efectiva cuando se trate de prenda de frutos, ya que la inscripción se hace en el Registro a que corresponda la finca, o cuando se da en prenda un título de crédito que legalmente deba constar en el Registro Público, ya que también esa inscripción se hace en la misma oficina; pero en los casos de entrega jurídica, la inscripción en el Registro presenta serias dificultades para que pueda perjudicar a tercero, dado el carácter mueble de las cosas objeto de la garantía, susceptibles de trasladarse de un lugar a otro y por lo tanto, dada la posibilidad de que constituida la prenda en el Distrito Federal pase a distintas entidades federativas en poder del deudor, quien dolosamente puede ocultar el gravamen para constituir usufructo, otra prenda, o bien, señalarla para el embargo o secuestro de bienes. Ante la imposibilidad de los terceros que de buena fe hubiesen adquirido tales derechos, para saber si existe una prenda anterior y si ésta fue registrada y en qué Registro de la República pudo haber ocurrido tal cosa, debemos reconocer la insuficiencia de la medida adoptada por el artículo 2859, así como la posibilidad de que por la entrega jurídica de la prenda se susciten graves conflictos entre el acreedor y terceros, entrando en pugna dos principios generales del derecho: a) El que afirma que el que es primero en tiempo es primero en derecho, especialmente para los derechos reales de garantía y b) El que protege a los terceros adquirentes de buena fe. Asimismo, la seguridad estática y la seguridad dinámica entran en conflicto, la primera representada por los intereses del acreedor prendario, y la segunda por los intereses de los terceros adquirentes de buena fe. También se suscita un conflicto entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica como

explica Gustavo Radbruch en su Filosofía del Derecho, de tal modo y manera que si se protege al acreedor, prevalecerá el concepto ideal de justicia, sacrificando los intereses prácticos de la seguridad jurídica, y viceversa, si se protegen los intereses de terceros adquirentes de buena fe, se sacrificará la justicia en pro de la utilidad social, de la estabilidad en las transacciones y de la seguridad jurídica en general.

G. Marty, ob. cit., págs. 39 y 40.

5.—*La prenda recae sobre bienes muebles enajenables y determinados.*—Según la definición legal de la prenda, ésta se constituye sobre bienes muebles enajenables. El requisito de la enajenación es evidente desde dos puntos de vista: a) Porque la constitución de la prenda implica un acto de dominio, es decir, una enajenación parcial y, por lo tanto, sólo los bienes enajenables pueden ser susceptibles de tales actos; y b) Porque el objeto de la prenda es garantizar una obligación y su preferencia en el pago, para cuyo fin el acreedor está facultado para vender la cosa. Ahora bien, tal finalidad no podría alcanzarse si aquélla fuera inalienable.

6.—*Bienes a los cuales se extiende la garantía prendaria.*—Conforme al artículo 2888 del Código Civil: "El derecho que da la prenda al acreedor se extiende a todos los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella". Respecto de los frutos, éstos pertenecen al deudor y no quedan comprendidos en la garantía, si no existe convenio en tal sentido. El artículo 2880 estatuye que: "Los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; mas si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital".

Según el artículo 2888 ya transcrito, la prenda se extiende a todos los accesorios de la cosa. No dice el precepto que la prenda se extiendo a las accesiones como claramente indica el artículo 2896 fracción I para la hipoteca.

7.—*Prenda de bienes incorporales.*—La prenda de bienes incorporales, comprende todos los derechos personales susceptibles de enajenación, y los derechos reales muebles que puedan ser objeto de transferencia durante la vida de su titular. En esa virtud, la prenda se puede constituir sobre los derechos personales en general, que son bienes muebles en nuestra legislación y que representan un valor apreciable en dinero. Sólo aquellos derechos personales que son intransferibles durante la vida de

su titular, no pueden ser objeto de prenda, dado que se trata de bienes inalienables. En la prenda sobre derechos personales es frecuente la que se constituye sobre créditos ya sean civiles o mercantiles, nominativos, a la orden o al portador.

En cuanto a la prenda sobre derechos reales, pueden ser objeto de la misma los derechos de autor, que son bienes muebles enajenables, el usufructo sobre cosas muebles, el derecho de copropiedad sobre bienes de esa naturaleza y el mismo derecho real prendario. No puede constituirse prenda sobre el derecho real de uso referente a bienes muebles, en virtud de que se trata de un derecho intrasferible y, por consiguiente, inalienable.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 93.

8.—*Prenda de derechos reales.*—Según lo expuesto, el principio general es el que puede constituirse prenda sobre derechos reales que recaigan en bienes muebles, siempre y cuando esos derechos reales sean enajenables.

Aplicando este principio, tenemos como casos principales los siguientes:

1.—Prenda del derecho de copropiedad sobre cosa mueble.
2.—Prenda del derecho de usufructo sobre bien mueble.
3.—Prenda de la nuda propiedad respecto de cosa mueble.
4.—Prenda de prenda, es decir, del derecho real prendario.
5.—Prenda de un crédito hipotecario.
6.—Prenda de los derechos de autor.

El Código Civil, a diferencia de lo que estatuye en materia de hipoteca, no reglamenta la prenda sobre derechos reales muebles, pero aplicando los principios generales es posible establecer esa reglamentación.

CAPITULO II

Características y Elementos de la Prenda

1.—*Clasificación del contrato.*—La prenda se clasifica como un contrato accesorio, real, bilateral, oneroso o gratuito, formal y cuya finalidad es jurídico-económica.

Hemos ya explicado las características de la prenda como contrato accesorio y real, que son las notas principales en dicho acto jurídico.

Además, la prenda es un contrato bilateral en virtud de que origina derechos y obligaciones para ambas partes: para el acreedor, ya hemos mencionado los derechos que enumera el artículo 2873, consistentes en un derecho de persecución, retención, venta y preferencia en el pago, así como de indemnización de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada; en cuanto a las obligaciones que reporta el acreedor, y que consecuentemente se traducen en derechos del constituyente de la prenda, el artículo 2876 contiene las principales, consistentes en *conservar* la cosa empeñada como si fuera propia, respondiendo de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia, y en *restituir* la prenda luego que estén pagados íntegramente el crédito, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa.

Las obligaciones que impone el contrato de prenda al constituyente de la garantía (y en ellas en manera alguna comprendemos las obligaciones que nacen del contrato principal), son las siguientes: a) *Pagar los gastos necesarios y útiles* que hubiere hecho el acreedor para conservar la cosa empeñada, a no ser que éste hubiere usado de ella por convenio; b) *Constituir otra prenda,* si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor, es decir, por culpa del deudor, de un tercero o por caso fortuito. Esta obligación es imperfecta, en virtud de que la facultad del acreedor para exigir una nueva prenda, no puede exigirse coactivamente en los casos de oposición, de tal manera que por virtud de un juicio hubiese la posibilidad de condenar al que constituyó la garantía, para otorgar otra, pudiendo firmar el juez el contrato respectivo, en rebeldía del condenado y decretar el secuestro de la cosa para dar la posesión material al acreedor. Reconoce el Código al respecto, conforme a la fracción IV del artículo 2873 y la regla general contenida en el artículo 1959, para la caducidad del plazo, que en el caso de no otorgarse la nueva prenda, el acreedor sólo podrá exigir el pago anticipado de la obligación, o sea, la consecuencia jurídica será el vencimiento o caducidad del término estipulado; c) *Defender la cosa dada en prenda* (si el acreedor es turbado en la posesión), conforme lo previene el artículo 2874, y si no cumpliese con esta obligación, será responsable de los daños y perjuicios.

Al estudiar los efectos de la prenda, volveremos a tratar de los derechos y obligaciones de las partes, que por ahora sólo hemos enunciado para la clasificación bilateral del contrato.

La prenda puede ser un contrato oneroso o gratuito, según se constituya por el deudor o por un tercero. Si la impone el deudor, es un

contrato oneroso, en virtud de que existen provechos y gravámenes recíprocos: el acreedor tiene el provecho inherente a la garantía y el gravamen relativo a la custodia y conservación de la cosa, con el desembolso anticipado de los gastos necesarios y útiles, que aun cuando les serán pagados al extinguirse la prenda, implican un gravamen por el hecho de su anticipación; el deudor a su vez, tiene el provecho consiguiente a la obtención del valor que ampara la obligación o crédito a su cargo, íntimamente relacionado con la constitución de la garantía, y el gravamen de entregar real o jurídicamente la prenda al acreedor, con la consiguiente posibilidad de venta de la misma, en el caso de incumplimiento.

Cuando un tercero constituye la prenda, ésta generalmente se caracteriza como gratuita, en virtud de que no recibe provecho alguno y sí reporta los gravámenes consiguientes a la desposición y posible venta de la cosa.

La prenda además se caracteriza como un contrato formal, en virtud de que el artículo 2860 exige que se haga constar en documento privado, del cual se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante, siendo menester además, para que surta efectos contra tercero que conste la certeza de la fecha del repetido documento, por el registro o por alguna otra manera fehaciente. También hemos indicado que en los casos de prenda de frutos pendientes de bienes raíces; prenda con entrega jurídica y prenda de un título de crédito que deba constar en el Registro, *es menester además la inscripción del contrato a efecto de que pueda perjudicar a tercero, según los previenen los artículos* 2857, 2859 y 2861. Por último la notificación al deudor, en los casos en que el objeto dado en prenda fuese un crédito o acciones que no sean al portador o negociables por endoso, es un requisito exigido por el artículo 2865, para que la prenda quede legalmente constituida.

Por último, la prenda es un contrato cuya finalidad es jurídico-económica. Desde este punto de vista, es decir, atendiendo a la finalidad jurídica o económica, hemos clasificado los contratos en tres categorías: a) Contratos que tienen por objeto una finalidad económica; b) Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídica y c) Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídico-económica.

En los contratos llamados de garantía, principalmente existe una función jurídica que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal. Esta función jurídica puede no tener contenido económico en la fianza y en la hipoteca si el deudor cumple su obligación principal, pero en la prenda y en la anticresis, desde la constitución de la garantía existe una finalidad económica, cuando el acreedor prendario está facultado para usar la cosa e inclusive para apropiarse de los frutos

que se habrán de imputar primero a los gastos de conservación, después a los intereses y el sobrante al capital, o bien, en la anticresis, que conforme al artículo 1810 del Código de 1884, se define como un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor presta para seguridad de su deuda, un inmueble de su propiedad, a otra persona llamada acreedor, concediéndole el derecho de disfrutarlo por cuenta de los intereses debidos, o del capital, si no se deben intereses. En la explotación de la cosa a que se faculta al acreedor existe desde luego una finalidad económica.

En general en los contratos de garantía y fuera de las excepciones relativas a la prenda y la anticresis, cuando se cumple la obligación principal, la función económica sólo se tuvo en reserva, como una disponibilidad para llegar a tener una apropiación de riqueza que no pudo realizarse en virtud del pago, pero que en el caso de incumplimiento, sí pudo llegar a tener ejecución.

2.—*Caracteres de naturaleza de la prenda.*—Las características de naturaleza, se distinguen de las de esencia, en que las primeras pueden renunciarse por convenio, y las segundas son irrenunciables, al constituir elementos esenciales para integrar el contrato, acto jurídico o figura de que se trate.

Desde este punto de vista hemos señalado como características de esencia en la prenda, la determinación del bien y su naturaleza mueble y enajenable. Ninguna de estas características puede alterarse o renunciarse por convenio.

Son características de naturaleza en la prenda la indivisibilidad en cuanto al crédito y a los bienes objeto de la garantía. Según el artículo 2890 del Código Civil vigente: "El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, salvo el caso en que haya estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, ésta se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados".

En el Código anterior, el artículo 1807 reconocía el principio general contenido en la primera parte del artículo 2890 del Código vigente, o sea, que el derecho y la obligación que resulten de la prenda son indivisibles, salvo pacto en contrario. Por esto se consideró que era una característica de naturaleza y no de esencia, ya que por un convenio, podría pactarse la divisibilidad en cuanto al crédito, o en cuanto a los bienes gravados.

La indivisibilidad en cuanto al crédito significa que la garantía continúa en todo su valor y extensión aun cuando disminuyese la obligación principal por pagos parciales, de tal manera que el deudor no podrá exigir, en el caso de que la cosa fuera divisible, o cuando hubiera entregado varias prendas, la liberación de parte de esa cosa o de alguna o algunas de las prendas, salvo pacto en contrario.

En este sentido el Código vigente regula una modalidad al admitir que cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, la garantía se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, siempre y cuando los derechos del acreedor queden eficazmente garantizados.

No obstante que el Código en vigor deroga el principio de indivisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados, conservó dicho principio por lo que se refiere al crédito, siendo curioso observar que en materia de prenda se invierte el sistema, para admitir en el Código vigente una excepción a la indivisibilidad en cuanto al crédito, la cual ya apuntamos, pero manteniendo el sistema del Código anterior en cuanto a la indivisibilidad respecto a los bienes gravados, que deroga el vigente para la hipoteca.

El principio de indivisibilidad en cuanto a los bienes gravados, significa que aun cuando se den en garantía diversos bienes, no es forzoso determinar la parte por la que cada bien responderá, de manera que el acreedor, en el caso de incumplimiento, podrá ejercitar su acción respecto de todos y cada uno de los bienes afectados, o hacer efectiva la obligación sobre cualquiera de ellos si así lo prefiere.

En cuanto a la prenda, el Código vigente dispone que cuando se den en prenda varias cosas, no es forzoso determinar por qué parte del crédito responderá cada cosa, ni tampoco procederá la división de la garantía, cuando la cosa dada en prenda se divida en los casos en que admita cómoda división. Esta regla sólo sufre la excepción consignada en el artículo 2890, exclusivamente en el caso en que el deudor esté facultado para ejecutar pagos parciales, y además se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible. Bajo esas condiciones, el gravamen se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados.

Messineo, ob. cit., t. IV, págs. 87 y 88.

3.—*Diferencias entre la constitución de la prenda y los demás derechos reales.*—Es principio general para los derechos reales que su constitución pueda hacerse por contrato, acto unilateral, testamento, ley o prescripción.

Por lo que se refiere a la prenda, su forma de constitución sufre una reglamentación especial, en virtud de que no sólo es un derecho real, sino que además constituye un contrato real. La entrega real o jurídica de la cosa, como requisito necesario para que exista la prenda misma, exige siempre la celebración de un contrato e impide que ésta pueda constituirse por testamento o acto jurídico unilateral.

Tampoco la prenda puede tener su origen en la ley, en virtud de que ésta no reconoce, como en el caso de las hipotecas necesarias, la posibilidad de prendas que pudiéramos llamar también necesarias. Es decir, no hay un procedimiento regulado por el legislador para que en determinados casos (garantizar el manejo de bienes ajenos), se pudiera exigir a una persona la constitución de la prenda, y en el caso de oposición, fuera factible un juicio en el que se le condenara a otorgar la garantía, en la inteligencia de que el juez podría firmar en rebeldía del condenado y ordenar el secuestro de la cosa materia del gravamen, para entregar ésta materialmente al acreedor.

4.—*Elementos esenciales del contrato de prenda.*—De los dos elementos esenciales de todo contrato, consentimiento y objeto, merece especial mención el objeto indirecto en el caso de la prenda, ya que el consentimiento sigue las reglas generales.

Además, en todo contrato accesorio o de garantía existe un elemento esencial para su existencia, consistente en que a su vez exista el contrato principal, ya que ante la inexistencia de dicho contrato, necesariamente, sobreviene la inexistencia del accesorio, en el caso de la prenda, debiendo decirse lo mismo para la fianza, la hipoteca y la anticresis.

Para el contrato de prenda, además de que la cosa exista en la naturaleza y en el comercio, no basta con que sea determinable, sino que debe ser determinada individualmente.

En materia civil, la prenda recae sobre bienes muebles determinados, sin que exista prenda de bienes fungibles, ni trasmisión del dominio al acreedor, ni posibilidad por lo tanto de que restituya al deudor cosas equivalentes. Consideramos que esta conclusión está de acuerdo con la naturaleza del derecho real, tanto principal como accesorio, que exige para su constitución un bien determinado. La propiedad por el sólo hecho de constituirse, recae sobre cosas determinadas. Los desmembramientos del dominio igualmente suponen la determinación del bien. En los derechos reales de garantía: prenda, hipoteca y anticresis, también la determinación se exige uniformemente en el derecho moderno, y la excepción admitida para la hipoteca cuando era tácita y general, quedó

derogada por el principio de que dicho gravamen sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

En cuanto al requisito de que la cosa exista en el comercio, común para todos los contratos, sólo debemos agregar que cuando la prenda no exista en el mismo (nos referimos a la cosa dada en garantía), el contrato es inexistente; pero si dicho bien se encuentra en el comercio y es inalienable, el contrato también será inexistente, por ser jurídicamente imposible su objeto directo: la constitución de la prenda.

5.—*Elementos de validez.*—En el estudio de los elementos de validez, trataremos especialmente de la capacidad, la forma y el objeto motivo o fin lícitos.

6.—*Capacidad.*—La prenda implica un acto de dominio y, por lo tanto, es necesario tener capacidad para enajenar. Si aplicamos por analogía la regla contenida en el artículo 2906 para la hipoteca, podemos decir que solamente pueden dar en prenda los que pueden enajenar bienes muebles, y solamente pueden enajenar esta clase de bienes, los que siendo propietarios o estando jurídicamente autorizados por éstos, tienen capacidad de ejercicio, bien por mayoría de edad y pleno goce de las facultades mentales, o por emancipación.

Se requiere por lo tanto una capacidad de goce: ser propietario de la cosa o titular del derecho objeto de prenda o bien, estar autorizado por el dueño. De acuerdo con el artículo 2868: "Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño". "Si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño". (Artículo 2869).

En cuanto a los menores emancipados, el artículo 643 fracción I, dispone que dichos menores sólo requieren autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, por lo que *a contrario sensu*, no la requerirán para la prenda, que recae sobre bienes muebles.

La autorización concedida por mandato requiere, en términos generales, que dicho mandato se haya otorgado para ejecutar actos de dominio, supuesto que la prenda es un acto de esta naturaleza, pero conforme a la regla 2869, basta probar una autorización tácita, cuando el dueño presta la cosa a otro con el objeto de que la empeñe, a efecto de que la prenda sea válida.

Respecto a los representantes legales, el artículo 436 exige la autorización judicial, a efecto de que los que ejerzan la patria potestad pue-

dan enajenar o gravar los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo en los casos de absoluta necesidad y de evidente beneficio. Por consiguiente, cuando la prenda recaiga sobre muebles preciosos, será menester la citada autorización con los requisitos apuntados. Lo mismo se prescribe respecto de los tutores en el artículo 561, requiriéndose además de la autorización judicial, la conformidad del curador.

Para el caso de ausencia, el artículo 660 dice que: "El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene, respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores". Una vez declarada la ausencia, como lo previene el artículo 681, los herederos testamentarios instituidos por el ausente, si dejó testamento, o en su defecto los herederos legítimos al tiempo de la desaparición, o en el momento en que se hayan recibido las últimas noticias, si tienen capacidad legal para administrar, serán puestos en la posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración. En esa virtud, los citados herederos como poseedores provisionales, no podrán gravar los bienes muebles respectivos, constituyendo prendas.

Cuando se declare la presunción de muerte del ausente, según el artículo 706, los herederos entrarán en la posesión definitiva de los bienes, y si se llega a probar la muerte del ausente, la herencia se aplicará a los que debieran heredar al tiempo de la citada muerte. En consecuencia, tanto los que tengan la posesión definitiva, como los herederos en caso de muerte, sí tendrán capacidad para poder constituir prenda.

El legatario, en los términos del artículo 1429, adquiere la propiedad de la cosa legada, si ésta está individualmente determinada en el testamento y es propia del testador, desde la muerte de este último, y, en consecuencia, puede darla en prenda si se encuentra en la posesión de la cosa. En caso contrario, no se podrá constituir la garantía si no está de acuerdo en ello el albacea o el ejecutor especial que retenga el bien, supuesto que para ello es menester la entrega material o jurídica, y como lo manda el artículo 1408: "No puede el legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, debiendo pedir su entrega y posesión al albacea o al ejecutor especial."

En cuanto al albacea, según el artículo 1719, se le prohibe gravar o hipotecar los bienes de la herencia, sin consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso.

En el caso de concurso voluntario o necesario, su declaración incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquier otra administración que por la ley le corresponda, de acuerdo

con el artículo 2966, y por lo tanto, no podrá constituir prendas, ni gravamen alguno sobre dichos bienes.

7.—*Casos de nulidad de la prenda por incapacidad.*—Como casos principales de nulidad de la prenda cuando el constituyente de la misma no tiene la propiedad del bien materia de la garantía, podemos mencionar los siguientes: a) Prenda de cosa ajena; b) Prenda constituida por el propietario aparente y c) Prenda constituida por el propietario cuyo título se declara nulo.

Al efecto aplicamos a la prenda, *mutatis mutandi,* lo que hemos dicho para la hipoteca en los tres casos citados.

G. Marty, ob. cit., pág. 35.

8.—*Formalidades para la constitución de la prenda.*—De acuerdo con los artículos 2857, 2858, 2859, 2860, 2861 y 2865 del Código Civil vigente, la prenda se caracteriza como un contrato formal, estando sujeto para su constitución y efectos respecto de tercero, a los siguientes requisitos:

a) "El contrato de prenda debe constar por escrito. Si se otorga en documento privado, se formarán dos ejemplares, uno para cada contratante.

No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente". (Art. 2860).

b) "Si el objeto dado en prenda fuese un crédito o acciones que no sean al portador o negociables por endoso, para que la prenda quede legalmente constituida, debe ser notificado el deudor del crédito dado en prenda". (Art. 2865).

c) Se requiere además el registro de la prenda en los casos en que ésta recaiga sobre los frutos pendientes de bienes raíces, (Art. 2857); cuando exista entrega jurídica de la cosa en poder del deudor o de un tercero, (Art. 2859) y en el caso de que la prenda recaiga sobre un crédito que deba constar en el Registro Público (Art. 2861).

La inscripción en el Registro Público tiene por objeto que la prenda surta efectos en contra de tercero, debiendo inscribirse en el caso de que recaiga sobre frutos pendientes de bienes raíces en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva, y cuando se constituya sobre un crédito, en el Registro Público en donde se haya inscrito el mismo.

Anteriormente, el artículo 3002 al enumerar los títulos que deben ser objeto de registro, mencionaba en su fracción IV a los contratos de prenda a que

se refiere el artículo 2859, o sea, el caso de entrega jurídica, omitiendo los otros dos ya indicados.

La inscripción no convalida el contrato de prenda afectado de nulidad según lo previene el artículo 3009, para todos los actos o contratos.

No obstante lo dispuesto en dicho artículo, si el contrato de prenda se otorga o celebra por persona que en el registro aparezca con derecho (supongamos la prenda de frutos pendientes, cuando la finca aparezca a nombre del constituyente) no se invalidará dicho contrato, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Lo dispuesto en el artículo 3009, que contiene la anterior prevención, no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a los actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público. Por consiguiente, cuando la prenda sea a título gratuito, o se otorgue violando las leyes mencionadas, se invalidará el contrato respectivo, aun cuando se perjudiquen los intereses de tercero, ya que si el acto es gratuito, merecen mayor protección los intereses de la parte beneficiada con la nulidad, y si el acto es ilícito, no puede existir la buena fe requerida para proteger a los terceros.

G. Marty, ob. cit., págs. 35 a 37.

9.—*Diversidad de modalidades.*—En el caso de la prenda como en el de la hipoteca, pueden mencionarse las siguientes modalidades: a) Las que afectan a la obligación principal; b) Las que afectan al contrato accesorio y c) Las que afectan al derecho de propiedad del constituyente de la garantía.

10.—*Modalidades que afectan a la obligación principal.*—Hemos dicho ya que a pesar del carácter accesorio de la prenda, es posible constituir esta garantía tratándose de obligaciones sujetas a una condición suspensiva. Asimismo, puede imponerse la prenda para garantizar obligaciones sujetas a una condición resolutoria, Reproducimos aquí lo expuesto con anterioridad, tanto por lo que ve a que lo accesorio corra la suerte de lo principal, como por lo que atañe a que la prenda quedará sujeta en su exigibilidad y efectos a la realización de la obligación principal, de tal manera que si la condición suspensiva no llega a cumplirse, tampoco tendrá vigencia la prenda, y si la condición resolutoria se realiza, al extinguirse la obligación principal, también la prenda corre igual suerte.

11.—*Modalidades que afectan a la prenda misma.*—El contrato accesorio de prenda puede quedar afectado a una condición suspensiva o resolutoria, no obstante que la obligación principal sea pura y simple. En dichos casos, si la condición suspensiva no se cumple, la prenda no llega a tener existencia, y si se realiza la condición resolutoria, la prenda se extingue, subsistiendo como es natural la obligación principal que tiene vida independiente.

12.—*Modalidades que afectan al derecho de propiedad del constituyente de la prenda.*—Esta garantía corre las mismas modalidades que afectan el dominio del constituyente. Debe distinguirse entre la prenda constituida sobre una cosa corporal y la establecida sobre derechos reales que afecten bienes muebles. En la primera, cuando el dominio está sujeto a condición resolutoria, hemos dicho que la prenda corre igual suerte, y que no es posible constituir la garantía en los casos en los cuales para adquirir la propiedad deba realizarse una condición suspensiva, o sea, en las adquisiciones con reserva de dominio. A este respecto el artículo 1854 del Código anterior, relativo a la hipoteca, es aplicable también a la prenda, conforme al mismo: "El propietario cuyo derecho sea condicional, o de cualquiera otra manera limitado, deberá declarar en el contrato la naturaleza de su propiedad si la conoce. La omisión de esta circunstancia induce presunción de fraude". El artículo 2905 del Código vigente reproduce dicho precepto, suprimiendo la parte final relativa a la presunción de fraude.

En el caso de que sólo se tenga la nuda propiedad y se oculte este hecho, la prenda no se extenderá al usufructo. En cuanto a los derechos reales constituidos sobre bienes muebles, la prenda que recaiga sobre los mismos, estará afectada a las modalidades que reporten esos derechos, extinguiéndose cuando los mismos concluyan.

CAPITULO III

Efectos de la Prenda

1.—*Cuestiones que comprende.*—En el estudio relativo a los efectos de la prenda, comprenderemos las siguientes cuestiones: efectos inherentes al derecho real prendario y efectos inherentes al contrato, para determinar los derechos y obligaciones de las partes.

2.—*Efectos inherentes al derecho real prendario.*—La prenda como derecho real otorga al acreedor los siguientes derechos: 1.—Derecho de venta; 2.—Derecho de preferencia en el pago; 3.—Derecho de retención; 4.—Derecho de persecución; y 5.—Derecho de ser indemnizado por los gastos efectuados en la conservación de la cosa.

Messineo, ob. cit., t. IV, págs. 88 y 89.

3.—*Formas de venta.*—El acreedor prendario está facultado para solicitar la enajenación de la cosa, o para venderla extrajudicialmente, cuando no se le paga puntualmente la obligación principal. Esta facultad constituye lógicamente el medio para hacer valer el derecho de preferencia y obtener los resultados inherentes a la garantía misma que entraña la prenda. A fin de que el acreedor pueda pagarse preferentemente con el valor del bien, está facultado para proceder a su enajenación judicial o extrajudicial, según se haya convenido. En tal virtud, es nulo todo pacto por el cual el acreedor renuncie a este derecho, o bien se obligue a no enajenar la prenda, pues vendría a constituir una anomalía dentro de la naturaleza, función y fines del derecho real de garantía. El artículo 2887 del Código Civil vigente, dispone en su parte final que es nula la cláusula que prohibe al acreedor solicitar la venta de la cosa dada en prenda. También dicho precepto previene que es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera reconocida por los artículos 2881 a 2886. Es decir, la venta de la prenda constituye al propio tiempo una facultad y un procedimiento obligatorio para hacerse pago, sin que se permita al acreedor la apropiación de la cosa. De acuerdo con el pacto comisorio prohibido ya en el derecho romano clásico, tanto en la prenda como en la hipoteca se convenía que el acreedor en el caso de incumplimiento de la obligación principal, se apropiara el bien objeto de la garantía. Como este pacto generalmente implicaba una lesión en los derechos del deudor que por necesidades económicas al solicitar un préstamo se veía obligado a consentir en tal convenio, aun cuando el valor de la cosa fuese muy superior al monto de la deuda, desde entonces se ha considerado ilícito el pacto comisorio y así se admitió en la legislación anterior. El artículo 2887 del Código vigente prohibe dicho pacto por lo que se refiere a la prenda.

No debe confundirse la apropiación de la prenda prohibida por el precepto indicado, con el convenio a que alude el artículo 2883, según el cual: "El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que

éste se quede con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero". En este artículo se faculta al acreedor para que "se quede con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda", es decir, el acreedor *compra* la cosa en un precio, y no se apropia de ella por el valor de la obligación. Para que el deudor tenga libertad en la determinación de un precio justo y por consiguiente, para que no sufra lesión en sus derechos, ni el acreedor pueda aprovecharse de la situación económica de aquél, se exige en el precepto aludido, que el precio se fije al vencimiento de la deuda, y nunca al tiempo de celebrarse el contrato, pues de violarse esta prohibición, el pacto sería nulo. Como se ve, en el caso se trata de una consecuencia relativa a la prohibición del pacto comisorio, ya que en donde exista la misma razón, debe existir la misma disposición, y si el acreedor no puede apropiarse la prenda, porque ello equivaldría generalmente a una explotación de su deudor, tampoco debe permitírsele a través de una forma indirecta, que la compre en el precio que se convenga al celebrar el contrato, pues daría por resultado que ese precio sería el mismo valor de la obligación, con lo que en definitiva el acreedor se adueñaría de la cosa.

El derecho de venta está consignado en la misma definición de la prenda, por consiguiente, es una facultad esencial al contrato y a la garantía real constituida, razón por la cual hemos visto que no puede renunciarse. Este derecho puede presentarse como consecuencia del ejercicio de la acción, de la simple petición al juez para que se proceda a la venta de la cosa, o por virtud de un pacto en que se convenga la venta extrajudicial. En rigor, por lo tanto, sólo caben dos situaciones: la venta judicial y la extrajudicial. Como en el caso de la hipoteca, es necesario distinguir cuidadosamente esos dos sistemas, en virtud de que, dentro de cada uno de ellos, pueden existir distintas modalidades con los consiguientes problemas jurídicos.

4.—*Formas de la venta judicial.*—La venta judicial en la prenda puede presentar las siguientes formas:

a).—Venta con previo juicio.

b).—Venta sin juicio, previo avalúo pericial y en almoneda pública ante el juez.

c).—Venta sin juicio, previo avalúo convencional y en subasta pública ante el juez.

d).—Adjudicación judicial al acreedor previo convenio entre las partes, cumpliendo con las formalidades de la subasta pública.

5.—*Derecho de preferencia en el pago.*—El derecho de preferencia es otra de las facultades reconocidas expresamente en la definición de la prenda y que por lo tanto constituye un elemento esencial inherente a todo derecho real de garantía.

El derecho de preferencia supone un conflicto entre diversos titulares que afirman tener derecho de igual o diferente categoría sobre una cosa, para hacerse pago con el producto obtenido con motivo de su venta. Es decir, para que pueda hablarse del derecho de preferencia, lógicamente debe existir un concurso o concurrencia de acreedores, tomando esta denominación en su sentido lato, sin referirnos por lo tanto al juicio de concurso o a la quiebra.

Desde otro punto de vista, el derecho de preferencia supone que el producto de la cosa materia de la garantía, debe ser aplicado hasta donde sea necesario para pagar el crédito u obligación principal, y en este sentido se dice que su producto se aplica preferentemente al pago. Es en esta forma como el artículo 1204 del Código Civil alemán define la prenda, considerándola como la garantía de un crédito, consistente en un "gravamen sobre cosa mueble, que autoriza al acreedor a cobrarse de la cosa empeñada". También al definir el artículo 1113 del propio Código a la hipoteca, toma el derecho de preferencia en el sentido de que el acreedor obtendrá del producto de la venta la suma de dinero necesaria para cobrar su crédito. Dice así la definición: la hipoteca es "el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual aquel en cuyo beneficio se establece puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse de un crédito reconocido a su favor". En nuestro artículo 2856 se reconoce el mismo efecto al prevenir que por virtud de la prenda nace un derecho real sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 88.

Para estudiar el derecho de preferencia en la prenda, deben distinguirse los siguientes casos:

a).—Concurrencia y conflicto de acreedores fuera de concurso.

b).—Concurso especial de acreedores prendarios, y

c).—Preferencia en el caso de concurso general del deudor o constituyente de la garantía.

6.—*Concurrencia y conflicto de acreedores fuera de concurso.*—Este caso se presenta cuando el acreedor prendario obtiene la venta de la cosa, y diversos acreedores suscitan un conflicto afirmando tener dere-

cho al precio. El problema de preferencia tendrá por objeto resolver la forma de distribución del mismo, fijando el distinto orden o prelación de los diversos acreedores.

Puede presentarse el problema de preferencia tanto en la venta judicial como en la extrajudicial y el conflicto es resuelto por el artículo 2985 que aun cuando se encuentra en el título denominado "De la Concurrencia y Prelación de los Créditos", es también aplicable para los conflictos de preferencia fuera del juicio universal del concurso. Con sujeción al citado precepto: "Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagarán en el orden siguiente: I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes. II.—Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes. III.—La deuda de seguros de los propios bienes. IV.—Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2982, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoraticios, según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses".

De esta suerte una vez verificada la venta, puede surgir un conflicto entre acreedores prendarios, o con motivo de los gastos de conservación, administración y pago de la garantía. Como la fracción IV del artículo 2985 admite la posibilidad de que el mismo bien reporte varias prendas de la misma suerte que la finca hipotecada puede tener diversas hipotecas, el conflicto entre acreedores prendarios puede surgir desde dos puntos de vista: a) Porque el acreedor en segundo lugar saque a remate la cosa y alegue tener preferencia sobre los gastos del juicio respectivo y los que cause la venta del bien y b) Porque haya ejecutado gastos para la conservación y administración de la cosa, los cuales le deban ser pagados preferentemente a la prenda en primer lugar.

Según el precepto citado, el acreedor prendario en segundo término, que se encuentre en posesión material de la cosa, en virtud de que respecto al acreedor en primer lugar solo hubo entrega jurídica y aceptó que el bien quedase en poder de aquél, sí tendrá preferencia sobre los gastos causados en el juicio y venta del bien y en los gastos de conservación y administración del mismo, pues conforme al artículo 2873 debe ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio, y no estará obligado a restituirla sin que se le paguen dichos gastos.

A propósito de la prenda que en segundo lugar puede constituir el dueño de la cosa en favor de otro acreedor, consideramos que para respetar

los derechos del acreedor en primer término, y a la vez, para hacer honor a la confianza que éste ha depositado en el deudor o en terera persona, en las cosas de entrega jurídica, es menester notificar la constitución de la nueva prenda y pactar en ésta que el deudor o tercero quedan como depositarios de la cosa por lo que se refiere tanto al primer crédito como al segundo, con la preferencia que tiene la primera prenda para exigir la venta y consecuentemente la entrega de la cosa, así como para impedir que el bien llegue a manos del acreedor en segundo lugar, por un cambio en su depósito o tenencia acordado entre este último y el constituyente de la garantía.

7.—*Concurso especial de acreedores pignoraticios.*—La ley no habla de este concurso especial y sólo lo reconoce a propósito de los acreedores hipotecarios en el artículo 2982, a quienes faculta para que formen un concurso especial si dichos acreedores estuviesen garantizados con los mismos bienes, a efecto de que sean pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si éstas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrado los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera de dicho término.

El concurso especial de acreedores prendarios tiene por objeto no sólo determinar la prelación de los distintos créditos según la fracción IV del artículo 2985, sino también regular y resolver las cuestiones de preferencia que se suscitaren con motivo de los créditos que de acuerdo con las fracciones I y II del citado artículo deban tener prelación, por gastos del juicio respectivo, de la venta del bien o bienes y de los gastos de conservación o administración de los mismos.

Si se suscitare un conflicto entre dichos acreedores respecto a la exigibilidad o extinción de un cierto crédito, validez o nulidad del mismo, deberá sustanciarse previamente el juicio sumario para resolver la cuestión aludida, que en rigor implica un problema de prelación para excluir un determinado crédito. En este sentido y para la hipoteca los artículos 12 y 468 del Código de Procedimientos Civiles señalan la vía especial hipotecaria para decidir las cuestiones que se susciten sobre la prelación de los créditos hipotecarios.

Según el artículo 2966 del Código Civil, la declaración del concurso especial no impedirá que se sigan devengando los intereses de los créditos pignoraticios hasta donde alcance el valor de los bienes que los garanticen y de acuerdo con la fracción IV del artículo 2985. El deudor

podrá celebrar con sus acreedores prendarios los convenios que estime oportunos, pero esos convenios se harán precisamente en la junta de acreedores debidamente constituida, siendo nulos los pactos particulares entre el deudor y cualesquiera de sus acreedores, según lo previene el artículo 2968.

Dada la finalidad del concurso especial que consistirá en la venta de los bienes que reporten distintas prendas en favor de diversos acreedores, es evidente que el procedimiento se simplifica, supuesto que en dicha venta se oirá al deudor, quien podrá oponerse en la forma y términos que ya hemos indicado en los casos de venta judicial. Si no existe oposición ni conflicto en cuanto a la prelación de los créditos o a la regulación de los gastos que deban ser pagados preferentemente, el juez decretará la venta y pagará a los acreedores pignoraticios según sus fechas. En los casos de conflicto en cuanto a la prelación, cabrían dos soluciones: a) Aplazar la venta del bien o bienes empeñados hasta resolver sobre las prelaciones discutidas, o b) Proceder a la venta quedando en depósito el valor obtenido toda vez que el conflicto surgido entre dos o más acreedores respecto a la prelación impedirá pagar a todos los demás en aquellos casos en que el valor alcanzado sea insuficiente. Si dicho valor fuere bastante para cubrir todos los créditos y gastos independientes de las prelaciones discutidas, deberá pagarse a todos los acreedores, supuesto que carecería de interés decidir la controversia suscitada, ya que cualquiera que fuera la preferencia de un determinado acreedor, éste obtendrá íntegramente el pago.

8.—*Preferencia en el caso de concurso general.*—Por último, puede darse el caso de que el constituyente de la garantía haya sido declarado en concurso general y que se susciten cuestiones de preferencia entre acreedores pignoraticios y acreedores comunes, o bien, que surjan relaciones jurídicas especiales con motivo de los intereses que podrá tener la masa de acreedores respecto a los valores excedentes en la venta de los bienes dados en prenda, después de pagar los créditos pignoraticios.

Desde luego, dichos acreedores no necesitan entrar al concurso general para hacer el cobro de sus créditos, pues en los términos del artículo 2981 del Código Civil, pueden deducir las acciones que les competan en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos.

Sólo cuando el valor de los bienes dados en prenda no alcanzare para pagar sus créditos, por el saldo deudor entrarán al concurso y serán pagados como acreedores de tercera clase con sujeción al artículo 2983.

La prelación se graduará para el caso de que los bienes no alcanzaren a cubrir los créditos, en los términos del artículo 2985 que ya hemos comentado y tendrá aplicación especial respecto a los créditos que sólo gozarán de prelación durante los últimos seis meses.

Para que los acreedores pignoraticios gocen del derecho que les confiere el artículo 2981, es decir, para que no entren al concurso, es necesario según prescribe el artículo 2984 que la prenda les hubiere sido entregada en forma material y la conserven en su poder, o bien, que sin culpa suya hayan perdido su posesión. En los casos de entrega jurídica, para que gocen de dicho derecho, es menester que no hayan consentido en que el deudor depositario o el tercero que conserva la cosa, la entreguen a otra persona. Justamente tendría aquí aplicación el caso en que el acreedor prendario en primer lugar hubiera consentido que el constituyente de la garantía en cuyo poder hubiese quedado la cosa, por virtud de la entrega jurídica, otorgara una segunda prenda mediante entrega real al segundo acreedor. De acuerdo con el artículo 2984 tal circunstancia le haría perder el derecho de no entrar al concurso, o sea, tendría que cobrar su crédito en el juicio universal y con la preferencia a que tuviere derecho.

En relación con los preceptos del Código Civil, el artículo 739 del Procesal, estatuye que: "Declarado el concurso, el juez resolverá: VIII.— Pedir a los jueces ante quienes se tramiten pleitos contra el concursado, los envíen para su acumulación al juicio universal. Se exceptúan los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después y los juicios que se hubiesen fallado en primera instancia; éstos se acumularán una vez que se decidan definitivamente. *Se exceptúan igualmente los que procedan de créditos prendarios*, y los que no sean acumulables por disposición expresa de la ley".

9.—*El derecho de retención en la prenda.*—En el contrato de prenda es necesario distinguir un doble aspecto del derecho de retención: a) Como derecho para no devolver la cosa entre tanto no se pague la deuda, intereses y gastos, caso en el cual se manifiesta como una consecuencia necesaria del derecho real de garantía y b) Como derecho independiente de la garantía real a efecto de no devolver la cosa aun cuando se pague la deuda y sus intereses, si no se cubren al acreedor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho para la conservación de la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio.

Propiamente en este segundo aspecto es como funciona el derecho de retención, como derecho autónomo, es decir, desligado del derecho real prendario, para presentar características jurídicas distintas, en virtud de

que no otorga al acreedor la facultad de venta en los términos en que se concede por virtud de la prenda, pues debe seguir un juicio previo en el caso de oposición del deudor al pago, para que previa la regulación y justificación de dichos gastos, se condene al deudor al pago de los mismos y en ejecución de la sentencia pueda llegar al remate de la cosa que fue objeto de la garantía.

En cuanto al derecho de preferencia en el pago, sí debe reconocerse que ésta es una característica común a los derechos reales accesorios y al derecho de retención, pues todo el sistema elaborado por el Código a través de diversos preceptos, está orientado para reconocer preferencia al titular de ese derecho, ya que para ese fin retiene la cosa, y no sería lógico concederle tal facultad si en el momento de su venta judicial el retensor quedase postergado. Al enumerar el artículo 2993 del Código Civil vigente, cuáles son los acreedores preferentes sobre determinados bienes, reconoce que dicha preferencia se atribuye generalmente en todos los casos en los que se reconoce el derecho de retención.

Aun cuando en dicho precepto, no se incluyen todos los casos en los que la ley reconoce el derecho de retención, sí es evidente que el Código permite formular como principio general, el de que el derecho de preferencia es consecuencia del derecho de retención, de tal manera que viene a cumplir una función de garantía semejante a la de los derechos reales, siendo oponible a tercero y concediendo como afirma Bon-necase, una prenda especializada en favor de un crédito quirografario.

El caso de la prenda, o mejor dicho, el derecho de retención que se origina en favor del acreedor prendario respecto a la cosa, materia de la garantía, por los gastos necesarios, está reconocido en cuanto a su preferencia por la fracción II del artículo 2993. En efecto, en dicha fracción se consideran preferentes los gastos efectuados para ejecutar obras de rigurosa conservación de determinados bienes, a efecto de que dichos gastos se paguen con el valor de los mismos, siempre que se pruebe que la cantidad se empleó en las obras. La fracción III del artículo 2873 exige para los gastos que hiciere el acreedor prendatario, los mismos requisitos, ya que deben ser gastos necesarios o útiles para la conservación de la cosa empeñada.

10.—*Doble aspecto del derecho de persecución.*— El derecho de persecución en la prenda tiene un doble aspecto, en virtud de que debe distinguirse entre la facultad que tiene el acreedor para recobrar la cosa de cualquier detentador, sin exceptuar al mismo deudor, cuando durante la vigencia del contrato y antes de hacerse exigible la deuda, pierde dicho acreedor la posesión de la cosa, de la facultad que tiene

para ejercitar su acción de venta y preferencia en el pago en contra de cualquier detentador.

Es decir, en el primer caso, el acreedor ejercita la acción persecutoria contra cualquier detentador, cuando ha sido desposeído de la cosa, a efecto de recobrarla, sin que por ello se proceda a la venta del bien. supuesto que tal cosa ocurre en los casos en que antes de ser exigible la obligación, el citado acreedor es desposeído.

En su segundo aspecto, el derecho de persecución que se concede al citado acreedor, tiene por objeto como en la hipoteca, que la acción real se pueda intentar en contra de cualquier tercero detentador de la cosa, para asegurar ésta y proceder a su venta al hacerse exigible la obligación.

Es característica de la acción real en los derechos de garantía, que los bienes queden sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero. Por esto estatuye el artículo 2894: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero". Lo mismo debemos decir para la prenda, entendiéndose que los bienes empeñados que hayan pasado a poder de otro, pueden ser objeto de persecución para el efecto de que, al hacerse exigible el crédito, el acreedor pida la venta de dichos bienes y obtenga preferencia en el pago, sin perjuicio de que pueda también intentar su acción persecutoria antes de la exigibilidad de la obligación, para recobrar la cosa, según hemos explicado ya.

En la prenda, es necesario distinguir el caso que requiere la inscripción del contrato para que surta efectos en perjuicio de tercero, de aquel otro que no exige tal requisito.

Evidentemente que cuando la prenda ha sido registrada en los casos a que se refieren los artículos 2857 (frutos pendientes), 2859 (entrega jurídica) y 2861 (prenda de crédito que legalmente deba constar en el Registro Público), surte efectos contra cualquier tercero detentador del bien, y el acreedor puede perseguir la cosa siguiendo el juicio respectivo, a efecto de que, después de asegurada, se decrete su venta.

Si se ha omitido el registro en los casos citados, el acreedor no podría intentar la acción persecutoria, ya que ésta supone la oponibilidad a terceros y conforme a los preceptos citados, la falta de inscripción impediría que surtiera efectos respecto a los mismos.

En los casos que no requieren registro del contrato, el acreedor sí tiene su acción persecutoria y aun cuando se presenta un conflicto entre sus intereses y aquellos correspondientes a terceros de buena fe, que hubiesen adquirido la cosa ignorando el gravamen, debe resolverse este conflicto ante terceros de igual calidad según el principio de que el que

es primero en tiempo, es primero en derecho. Y si esto se concluye para el caso de buena fe del tercer adquirente cuando el depositario de la prenda indebidamente la enajena, con mayor razón cuando exista mala fe de dicho tercero por adquirir el bien a sabiendas de la garantía o de que el depositario no puede enajenarlo, o lo que es peor, por un medio ilícito. Lo mismo debe decirse cuando dicho tercero entra en la posesión derivada por un acto jurídico que sólo le haya transferido el uso, goce, custodia o administración, pues aun en el supuesto de que se hubiese facultado al depositario de la prenda para ejecutar tales actos, dicho tercero quedará sometido al gravamen prendario y a las consecuencias inherentes al mismo, para los efectos de la persecución y venta de la cosa.

Para conciliar la garantía constitucional de audiencia del tercero detentador o adquirente de buena o mala fe, y la del constituyente de la garantía, deben en la misma demanda intentarse las acciones persecutoria y de venta de la cosa, enderezándolas en contra de las personas citadas, pues si sólo se ejercitara la acción persecutoria, podría ocurrir que el dueño del bien o constituyente de la garantía, se opusiera después a la venta y en su caso pidiera amparo, por no haber sido oído y vencido en juicio.

11.—*Preferencia en la prenda.*—En los términos del artículo 2873 fracción III, el acreedor adquiere por el empeño el derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio.

Hemos visto que también el acreedor tiene el derecho de retención a la cosa, entre tanto no se le paguen dichos gastos, además del crédito y sus intereses.

También el acreedor tiene un derecho preferente por los repetidos gastos, de acuerdo con la fracción II del artículo 2985, pues en caso de concurso, del precio de los bienes dados en prenda, se pagará en el orden siguiente: I.—Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes. II.—Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes. III.—La deuda de seguros referente a los mismos y IV.—Los créditos pignoraticios, según su fecha, así como sus réditos durante los últimos seis meses.

En los casos en que el primer acreedor prendario faculte al constituyente de la garantía para establecer una segunda prenda y entregar la cosa al segundo acreedor, puede surgir un conflicto de preferencia, cuando éste ejecute gastos de conservación y administración absolutamente necesarios. Según lo expuesto, en los casos de concurso de dos o más acreedores pignoraticios, tienen preferencia sobre los créditos pren-

darios, los relativos a los gastos mencionados y, por lo tanto, el segundo, acreedor, exigirá el pago preferentemente de dichos gastos, sobre la primera prenda. Lo mismo debe decirse aun cuando el deudor no sea declarado en concurso especial de acreedores prendarios y el derecho a la preferencia tendría caso si el valor de la prenda fuese insuficiente, o cuando el acreedor prendario en segundo lugar que ha ejecutado los gastos y está en posesión de la cosa, sigue el juicio respectivo y obtiene la venta de la misma.

CAPITULO IV

Derechos y Obligaciones de las Partes

1.—*La prenda como contrato bilateral.*—Hemos dicho que la prenda es un contrato bilateral, en virtud de que crea derechos y obligaciones para ambas partes.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 84.

Estudiamos ya los derechos y obligaciones del acreedor prendario, y sólo nos resta tratar especialmente de la responsabilidad del acreedor en los casos de culpa en la conservación y custodia de la cosa.

Según el artículo 2876 fracción I, el acreedor está obligado a conservar la cosa empeñada como si fuera propia, y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia. Aun cuando el precepto no indica que el acreedor responde de la culpa en concreto. cuando no observa la diligencia que acostumbra emplear en la conservación y custodia de sus propios bienes, es evidente que a dicha culpa en concreto se refiere el artículo citado. Conviene recordar aquí la distinción ya formulada entre culpa en abstracto, que toma como base un tipo ideal de conducta, y culpa en concreto, que se funda en la verdadera conducta observada por el deudor en el cuidado y conservación de sus bienes.

De esta suerte, existirá culpa en concreto, cuando el deudor no custodia la cosa del acreedor con el mismo cuidado que acostumbra observar en la vigilancia de sus propios bienes.

Por el contrario, existirá culpa en abstracto, cuando el deudor no observa en la custodia del bien perteneciente al acreedor el cuidado y diligencia que según los casos tendría cierto tipo ideal de hombre, y que

conforme al derecho romano dio lugar a tres grados: a) El diligentísimo padre de familia; b) El buen padre de familia y c) El tipo ordinario de hombre. Cuando no se observaba la diligencia máxima requerida para el diligentísimo padre de familia, pero se había tenido la media correspondiente al buen padre, se incurría en culpa levísima. A su vez, cuando no se observaba en ciertos contratos la diligencia media requerida para el buen padre de familia, pero se tenía la diligencia mínima del hombre ordinario, se incurría en culpa leve, y finalmente, si no se tenía la diligencia mínima del hombre ordinario, se incurría en culpa lata o grave. Para determinados contratos, como el comodato, se requería la diligencia máxima en el comodatario y, por lo tanto, se le hacía responsable de la culpa levísima. En otros, como en el arrendamiento, se exigía la diligencia media, incurriendo el arrendatario en culpa leve, cuando no la observaba. Finalmente, en el depósito, se exigía una diligencia mínima, siendo el depositario responsable de la culpa lata o grave.

Para la culpa en concreto, el Código Civil vigente ha hecho aplicaciones expresas, tal como ocurre por ejemplo en el mandato, ya que el mandatario debe de cuidar las cosas del mandante con la misma diligencia que acostumbra emplear en sus propios negocios, sujetándose a las instrucciones recibidas y en ningún caso podrá proceder en contra de las mismas, pero en lo no previsto expresamente por el mandante, deberá consultar al mandatario siempre que lo permita la naturaleza del negocio, agregando el artículo 2563: "Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio como propio". Lo mismo debe decirse para el contrato de prestación de servicios profesionales, cuando el que lo presta reciba un bien del dueño del negocio. Además, existe la responsabilidad especial a que alude el artículo 2615, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas a que hubiere lugar. En el contrato de obra a precio alzado, según el artículo 2617, todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega y, por lo tanto, responderá de una culpa en concreto, o en otras palabras, estará obligado a cuidar de la obra como si fuese propia. Para la responsabilidad de los porteadores existen en el Código reglas especiales según los artículos 2647 a 2654.

Por último, en el contrato de prenda encontramos la aplicación expresa para el caso de culpa en concreto, según hemos dicho, supuesto que estando obligado el acreedor a conservar la cosa como si fuera propia, evidentemente que se le exigirá el mismo cuidado que acostumbra observar en la custodia y vigilancia de sus bienes.

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 90.

Por lo que se refiere a las obligaciones que impone el contrato de prenda al constituyente de la garantía, ya hemos mencionado como fundamentales las relativas al pago de los gastos de conservación y a la constitución de otra prenda, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin culpa del acreedor.

En los casos de entrega jurídica, el dueño o tercero que queden como depositarios de la cosa, tendrán las obligaciones que impone la ley a todo depositario. También cuando se establezca prenda sobre frutos pendientes de bienes raíces, pues expresamente el párrafo final del artículo 2857 estatuye que: "El que dé los frutos en prenda se considerará como depositario de ellos, salvo convenio en contrario". En los casos de entrega jurídica, el deudor puede usar de la prenda que quede en su poder, en los términos que convengan las partes.

De acuerdo con lo expuesto, el dueño o tercero que queden como depositarios de la prenda, tendrán las obligaciones siguientes:

a).—Restituir la cosa al acreedor prendario, salvo pacto en sentido opuesto, cuando éste lo exija a efecto de que se constituya la prenda con entrega legal.

b).—Conservar la cosa según la reciba, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios causados por su malicia o negligencia. (Art. 2522).

c).—Dar aviso al verdadero dueño o a la autoridad competente, en los casos de que un tercero sea el propietario, cuando tenga conocimiento de que la cosa es robada. (Art. 2523).

d).—No entregar la cosa cuando judicialmente se le haya mandado retener o embargar. (Art. 2528).

e).—No retener la cosa, cuando al pedírsela el deudor, haya recibido el importe de las expensas que hubiere hecho en su conservación, siempre que ya se le hubiere pagado la obligación principal y los intereses correspondientes.

f).—No retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga en contra del acreedor pignoraticio. (Art. 2534).

g).—Responder, si se trata de un establecimiento en donde se reciban bienes en depósito o prenda, de los daños causados por las personas que en el mismo trabajan o se alojen, a no ser que justifique que el daño proviene de caso fortuito, fuerza mayor o vicios de la cosa. (Art. 2535).

Messineo, ob. cit., t. IV, pág. 90.

2.—*Derechos y obligaciones especiales en la prenda de un crédito.*—Con sujeción al artículo 2864, el acreedor a quien se haya dado en prenda

un título de crédito, no tiene derecho, aun cuando se venza el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo ni para recibir su importe, aun cuando voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe, pero podrá en ambos casos exigir que el importe del crédito se deposite.

Esta disposición ha dado lugar en la doctrina a que se discuta ampliamente, cuál sería la solución mejor, dados los trastornos que en rigor implica el imposibilitar al acreedor para cobrar el crédito que recibe en prenda.

En relación con este problema, creemos conveniente apuntar la diferencia existente entre el artículo 2864 del Código Civil y el artículo 343 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues en tanto que el precepto primeramente citado, prohibe que el acreedor a quien se haya dado en prenda un título de crédito, cobre éste, aun cuando se venza el plazo del crédito empeñado, o voluntariamente se le ofrezca el pago por el deudor, el artículo 343 de la ley citada, estatuye que: "Si antes del vencimiento del crédito garantizado, se vencen o son amortizados los títulos dados en prenda, el acreedor podrá conservar en prenda las cantidades que por estos conceptos reciba, en substitución de los títulos cobrados o amortizados". Además prescribe el artículo 338 de la misma ley: "El acreedor prendario además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse, en su oportunidad, al pago del crédito, todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario. Es nulo todo convenio que limite la responsabilidad que para el acreedor establece este artículo".

De esta suerte, para la prenda mercantil de títulos de crédito debe estarse a lo estatuido por la citada ley, quedando derogado el artículo 2864 del Código Civil, supuesto que este precepto se refiere también a la prenda de un título de crédito. Sin embargo, creemos que cuando la prenda se constituya sobre un crédito de carácter civil, sí debe regir lo dispuesto por el citado artículo 2864, a efecto de que el acreedor a quien se haya dado en prenda dicho crédito, no tenga derecho para cobrarlo aun cuando el mismo se venza, o se le ofrezca el pago voluntariamente por el deudor, pudiendo en ambos casos exigir que el importe se deposite, pues tal disposición debe relacionarse con el artículo siguiente, el cual de manera expresa se refiere a la prenda constituida sobre un crédito, la cual requiere para su legal constitución que se notifique al deudor de dicho crédito.

El problema se plantea en el derecho europeo, justamente para el caso en que se dé en prenda un crédito civil, y de esta suerte el artículo

2078 del Código Napoleón faculta al acreedor prendario para percibir los intereses del crédito dado en prenda, pero le prohibe recibir el capital. En el Código alemán, por el contrario, el artículo 1822 sí faculta al acreedor prendario para cobrar el crédito objeto de la garantía, excepto cuando éste se venza antes que el crédito garantizado.

Juzgamos que la prenda de un crédito, cuando éste se hace exigible, en realidad se substituye por la prenda sobre la prestación objeto del mismo. En efecto, el crédito no es otra cosa que el derecho a exigir la prestación del deudor. Su valor patrimonial, y por lo tanto, su función de garantía, dependerán del exacto cumplimiento de esa prestación. Por consiguiente, si el acreedor tiene constituida su garantía sobre el valor patrimonial que el crédito representa, dicho valor debe substituir al crédito mismo cuando se haga exigible. Antes de la exigibilidad, el crédito es sólo un derecho a la prestación. Realizada ésta, el crédito se extingue y en su lugar sólo existirá una prestación de dar o de hacer, que como tal es un valor económico, es decir, susceptible de apreciación pecuniaria.

De la misma suerte que la teoría de la subrogación real establece la substitución de la garantía en los casos de expropiación, venta judicial o destrucción de la cosa por un riesgo objeto del seguro, a fin de que la prenda o hipoteca se constituyan sobre el valor obtenido respectivamente en cada uno de los casos mencionados, por iguales razones debe establecerse la substitución del crédito por la prestación misma, facultándose al acreedor que ha recibido dicho crédito en garantía para que lo cobre, e imponiéndosele también la obligación de hacerlo, de tal manera que será responsable de los daños y perjuicios causados al titular del crédito dado en prenda por su morosidad o negligencia.

Justamente la solución propuesta por los artículos 338 y 343 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es la de facultar y obligar al acreedor que recibe en prenda un crédito, a ejercitar todos los derechos inherentes al mismo, para que en su oportunidad se impute el pago a la deuda garantizada, con un derecho de conservación y retención sobre las cantidades que por virtud del pago hubiese percibido.

La solución del Código suizo, al exigir para el cobro del crédito prendado, la conformidad del acreedor prendario y de su deudor, prácticamente da oportunidad al deudor de dicho crédito para retardar el pago, y por lo tanto, constituye una medida contraria en realidad a los intereses de las dos primeras partes: acreedor prendario y acreedor del crédito prendado.

3.—*Obligaciones existentes en el caso de prenda de cosa ajena.*— La nulidad que afecta a la prenda de cosa ajena, no debe liberar al

deudor de las obligaciones personales inherentes a constituir una nueva prenda por igual valor, y en el caso de que no la constituya, a pagar anticipadamente la obligación garantizada. Estas obligaciones de carácter personal se desprenden de los artículos 2020 y 2873 del Código vigente, en virtud de que aun cuando esos preceptos no se refieren al caso especial de prenda de cosa ajena, sí contienen elementos para formular una regla general en el sentido de que, cuando por cualquier causa resultare ineficaz la garantía, en los casos de disminución o pérdida de la cosa, o de nulidad del contrato prendario, el deudor deberá constituir nueva prenda, o pagar anticipadamente su obligación.

4.—*Derechos del constituyente de la prenda.*—El deudor o tercero que hayan constituido la prenda, tienen fundamentalmente los siguientes derechos:

a).—Facultad para enajenar la cosa empeñada o conceder su uso o posesión, según lo dispone el artículo 2879, pero el adquirente no podrá exigir la entrega de la misma, sino pagando el importe de la obligación garantizada con los intereses y gastos en sus respectivos casos. Como en la hipoteca el constituyente de la garantía conserva la facultad de enajenar o disponer del bien, pero con la diferencia de que en este gravamen no existe desposesión, conservando el dueño la cosa misma: en tanto que en la prenda, por la desposesión real o jurídica, es menester que el adquirente sufra el gravamen inherente a dicha desposesión, de tal manera que sólo podrá exigir la entrega de la cosa, pagando la obligación, sus intereses y gastos.

b).—Facultad de constituir una nueva prenda, de acuerdo con las restricciones que ya hemos explicado con antelación.

En nuestro concepto, dada la posibilidad que existe en nuestro derecho para constituir la prenda con la simple entrega jurídica, quedando la cosa en poder del mismo deudor, creemos que puede éste constituir segunda garantía, bajo la condición de que la cosa quedará en su poder y con la facultad preferente que tendrá el primer acreedor, para exigir en el caso de incumplimiento la venta y prioridad en el pago, así como para perseguir la cosa y obtener su aseguramiento, en el caso de que se desposeyese al deudor depositario. De esta suerte, el segundo acreedor prendario no podrá privar al deudor depositario de la posesión de la cosa, aun en el caso de incumplimiento, y sólo podrá exigir su venta como sucede en el caso de la hipoteca, para que en el remate distribuya el importe observando la preferencia que corresponda a los acreedores pignoraticios según las fechas de sus respectivos créditos, las cuales deben constar de un modo auténtico

En el caso en que el primer acreedor prendario esté de acuerdo en que se entregue la cosa al segundo acreedor, o ambos obtengan la posesión conjuntamente, no habrá problema alguno, ya que tales cuestiones sólo podrán determinarse con el acuerdo de ambos acreedores.

Permitiendo actualmente la prenda con entrega jurídica, que el deudor o constituyente de la misma, mantengan la posesión de la cosa, es posible aplicar en dicho caso el régimen de la hipoteca, conforme al cual expresamente el Código permite la constitución de segundas o ulteriores hipotecas, declarando nulo el pacto de no hipotecar. Asimismo, en cuanto al procedimiento a seguir por el primero o ulterior acreedor, para asegurar la cosa y proceder a su venta, es posible aplicar en el caso de segunda prenda, el régimen de la hipoteca, con las modificaciones consiguientes, de tal suerte que cualesquiera de los acreedores cuyo crédito sea exigible, podrá solicitar el secuestro de la prenda, si no la tiene en su poder y, como consecuencia del mismo, la venta judicial.

c).—Facultad para dar en arrendamiento o comodato la cosa materia de la prenda, o constituir los derechos reales de uso y usufructo.

El constituyente de la prenda, de acuerdo con el artículo 2879, no sólo puede enajenarla, sino además conceder su uso o posesión, pero si el acreedor tiene la posesión de la cosa, no estará obligado a entregarla, sin que previamente se le pague el importe de la obligación garantizada. De aquí se desprende que aunque válidamente se puedan celebrar los contratos de arrendamiento o comodato, o constituir los derechos reales de uso o usufructo, por el dueño de la cosa, ya que tiene la facultad de conceder el uso o posesión de la misma, no podrán tomar posesión de ella respectivamente el arrendatario, comodatario, usuario o usufructuario, sin hacer el previo pago. Cuando el acreedor prendario no esté en posesión de la cosa, se presenta el problema de saber si el deudor depositario puede celebrar dichos contratos o constituir los derechos reales citados. Para la hipoteca, existe indiscutiblemente tal facultad en el dueño del fundo hipotecado, con las restricciones establecidas por la ley en cuanto al arrendamiento.

Aun cuando en la prenda el artículo 2879 permite al deudor, y también debemos decir al constituyente de la garantía cuando es un tercero, conceder el uso o posesión de la cosa, sin limitar el término de duración, se sobreentiende que se refiere al caso en que la prenda se encuentre en poder del acreedor, y por esto agrega que aquel a quien se conceda el uso o posesión, no podrá exigir su entrega, sino pagando el importe de la obligación garantizada.

Por consiguiente, cuando el constituyente-depositario, en los casos de entrega jurídica, entregue en arrendamiento, comodato, uso o usufruc-

to, el bien objeto de la garantía, la duración de los contratos o derechos reales no podrán exceder del término de duración de la prenda, bajo pena de nulidad en la parte que exceda de dicha duración.

Si la prenda no tiene plazo cierto, los citados contratos o derechos deberán extinguirse cuando la obligación principal se haga exigible.

Lo mismo deberá decirse respecto al adelanto de rentas, que no podrán exceder del término de duración de la prenda, bajo pena de nulidad.

d).—Facultad de exigir que la prenda se deposite, cuando el acreedor abusa de la misma, o que otorgue fianza para restituirla en el estado en que la recibió. Se dice que el acreedor abusa de la cosa empeñada, cuando usa de ella sin estar autorizado por convenio, la deteriora o aplica a objeto diverso de aquel a que está destinada. (Art. 2877 y 2878).

e).—Facultad de exigir los frutos de la cosa empeñada, que, según el artículo 2880, le pertenecen, excepto que por convenio hubiese facultado al acreedor para percibirlos, en cuyo caso se imputarán dichos frutos primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital.

Conforme al artículo 791 el acreedor pignoraticio tiene una posesión derivada respecto a la cosa dada en prenda. El artículo 809 dispone que los poseedores a que se refiere el artículo 791, y entre ellos está el acreedor prendario, se regirán por las disposiciones que norman los actos jurídicos en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo a frutos, pagos de gastos y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa poseída. En el caso de la prenda, los frutos de la cosa empeñada pertenecerán al deudor si es el dueño de la misma, o al tercero que haya constituido la garantía.

Al referirse al artículo 2880, Gomís y Muñoz (Elementos de Derecho Civil Mexicano. t. II, pág. 479, México, 1943), dicen lo siguiente: "¿Es preceptivamente obligatoria esta disposición? Entendemos que sí; pues habiendo proscrito el Código de su seno a la anticresis que confería al deudor percibir los frutos y a gozar de la cosa en pago de los intereses de su capital según el concepto romano del pago anticrético, no podía tolerar que por voluntad de las partes se diese vida a la anticresis en el parágrafo siguiente".

Continúan los citados autores en los términos siguientes: "El Código Civil español, en su artículo 1881 define así la anticresis: "El derecho de anticresis es un derecho real constituido en garantía de una obligación y que autoriza a su titular para percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito". Estas mismas palabras emplea el artículo 2880 del Código de 1928 cuando dispone que

los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; "mas si por convenio los percibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital". "¿Entenderemos que aquí reconoce el Código de 1928 el derecho de anticresis? En modo alguno, no. El artículo 2880 lo que hace en realidad es revivir el pacto romano anticrético, pero no el derecho de anticresis y su contrato, ya que la anticresis sólo puede constituirse sobre un inmueble, y el pacto anticrético del artículo 2880 se refiere, a la exclusiva, a los bienes muebles, que son los únicos susceptibles de ser objeto de prenda. Digamos de paso que los romanos, cuando crearon la hipoteca, admitieron también el pacto anticrético en el contrato hipotecario". (Ob. cit., pág. 482).

f).—Facultad de cobrar el crédito dado en prenda, o las acciones que no sean al portador o negociables por endoso, que hayan sido materia de la garantía, cuando no se notifica al deudor de dicho crédito la constitución de la prenda, pues de acuerdo con el artículo 2865, para que la prenda se considere legalmente constituida en dichos casos, deberá ser notificado el citado deudor del crédito dado en prenda, de donde se desprende que por falta de notificación, al no quedar constituida la garantía, el constituyente de la misma, titular del crédito que está en vías de empeñarse (supuesto que falta un requisito de constitución), sí podrá cobrarlo, quedando sujeto en cuanto al importe, por una obligación personal, a entregar el mismo al acreedor prendario, para que se opere la sustitución real, pues entre las partes sí surtió efectos el contrato para originar obligaciones personales. El incumplimiento de las mismas dará lugar al pago de los daños y perjuicios consiguientes, sin perjuicio de que el acreedor prendario pueda exigir el pago anticipado de la obligación garantizada.

5.—*Caso de evicción sufrida por el adquirente de la prenda.*—Prescribe el artículo 2889 que el acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, a no ser que intervenga dolo de su parte o que se hubiere sujetado a aquella responsabilidad expresamente.

De tal manera que cuando el acreedor procede de buena fe, por ignorar que la cosa que recibió en prenda es ajena, si ésta se vende judicial o extrajudicialmente, no responderá de la evicción que sufra el adquirente.

Hemos dicho que la prenda de cosa ajena es nula, pero si la nulidad no se reclama, puede el acreedor solicitar la venta en el caso de incumplimiento de la obligación principal, y posteriormente el adquirente estará expuesto a sufrir evicción, es decir, que se le prive de la cosa en

virtud de sentencia que cause ejecutoria y en razón de un derecho de tercero anterior a la citada enajenación, tal como la define el artículo 2119.

Se presumirá que el acreedor prendario obró de buena fe, si ignora que la cosa es ajena, y si además no se entabló demanda antes de la venta, por el dueño, pues en este caso siendo el acreedor prendario un poseedor derivado, queda protegido por las presunciones de buena fe que contienen los artículos 798, 806 y 807, conforme a los cuales el que posea en virtud de un derecho real distinto de la propiedad, tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído, reputándose poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer, o el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Se entiende por título la causa generadora de la posesión, que en el caso es el contrato de prenda, que otorga al acreedor pignoraticio la posesión derivada a que se refiere el artículo 791.

La buena fe, según el artículo 807, se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla, y se entiende por mala fe, el hecho de entrar a la posesión sin título alguno para poseer, o conociendo los vicios del mismo.

En atención a lo expuesto, será menester para que el acreedor prendario responda de la evicción, que haya recibido la cosa de mala fe, conociendo que es ajena, es decir, a sabiendas de que el constituyente de la garantía carecía de título de propiedad o de derecho para constituir la prenda, puesto que conforme al artículo 2868, nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño; pero si se prueba debidamente que el dueño prestó la cosa a otro, con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño. Por esto, en el artículo 2889 se requiere que exista dolo de parte del acreedor, o que se hubiere sujetado expresamente a la evicción, para que se haga responsable de ella.

En relación con este tema, se presenta el problema de la prenda de cosa robada o perdida, que haya sido comprada en almoneda pública, o a persona o comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie.

El artículo 799 del Código Civil vigente estatuye que: "El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que la haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor".

En el mismo sentido prescribe el artículo 8º del Código de Procedimientos Civiles, al negar la acción reivindicatoria de las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido en las condiciones mencionadas, excepto si se le reembolsa del precio que haya pagado, agregando el precepto que se presumirá que no hay buena fe en el adquirente si de la pérdida o robo se dio aviso público y oportunamente.

Si aplicamos estos preceptos al caso de la prenda sobre cosas robadas o perdidas, cuando el acreedor prendario las haya recibido de un tercer adquirente de buena fe, por haberlas comprado en almoneda pública o de comerciante que se dedique públicamente a la venta de dichos objetos, es jurídico concluir, que el dueño de los bienes no podrá exigir su entrega al acreedor prendario, sin pagarle a éste lo que hubiere costado la prenda al constituyente de la misma, pues el acreedor prendario debe ser protegido en los mismos términos que el tercero adquirente de buena fe que constituyó la garantía. Ahora bien, como virtud de la acción reivindicatoria el dueño podrá intentar su acción en contra del acreedor prendario, en los mismos términos en que podría intentarla contra el tercer adquirente, debe decirse que en uno y en otro caso, para que prospere la reivindicación deberá reembolsar o pagar el precio de adquisición de la cosa, tal como lo prescriben los artículos 799 del Código Civil y 8º del Procesal.

De aquí se desprende que el acreedor prendario tendrá el derecho de retención, para no entregar la cosa entre tanto no se le pague el precio citado.

El artículo 2141 estatuye que: "En las ventas hechas en remate judicial, el vendedor no está obligado por causa de la evicción que sufriera la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta".

Este artículo viene a aclarar la cuestión planteada, para determinar quién responde en el caso de evicción sufrida por el adquirente de la prenda en venta o remate judicial, pues como el acreedor no responde por dicha evicción, a no ser que intervenga dolo de su parte o se hubiere sujeto a aquella responsabilidad expresamente, responderá el constituyente de la garantía, que es justamente el vendedor en el remate judicial, ya que aun cuando la venta se haga en su rebeldía u oposición, el juez se substituye al citado constituyente y firma en su nombre la escritura o contrato de adjudicación.

El artículo 2141 ordena que el vendedor en el remate judicial, sólo deberá restituir el precio que haya producido la venta, en el caso de que el adquirente sufra evicción. Creemos que en el caso de la prenda, cuando de mala fe se constituya ésta y posteriormente se venda, el comprador debe tener derecho a ser indemnizado en los términos del artículo 2127,

o sea, podrá exigir al constituyente de la garantía que procedió de mala fe, las siguientes prestaciones: 1.—Que devuelva a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción. 2.—Que pague el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa. 3.—Que pague los daños y perjuicios. 4.—Que pague las prestaciones a que se refiere el artículo 2126.

En los casos de hipoteca, prenda o señalamiento de bienes por el mismo ejecutado para el embargo, debe considerarse que aun en el caso de buena fe, por tener la creencia fundada de que se podían constituir dichos gravámenes, el constituyente deberá responder en los términos del artículo 2126, dado que es en realidad el causante de todos los daños y perjuicios que sufra el adquirente, y en los mismos términos que el enajenante de buena fe a que se refiere el artículo 2126, por lo que responderá: 1.—Del precio íntegro que recibió por la cosa. 2.—De los gastos causados en la venta, si fueron satisfechos por el adquirente. 3.—De los gastos causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento. 4.—Del valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe.

CAPITULO V

Relaciones Jurídicas que Origina la Prenda

1.—*Diversas relaciones jurídicas.*—Con motivo del contrato de prenda pueden existir sólo relaciones jurídicas entre acreedor y deudor, cuando la garantía es constituida por este último. Estas relaciones han sido ya estudiadas en los capítulos que anteceden; pero pueden existir relaciones especiales, cuando un tercero constituye la prenda, semejantes a las relaciones que se establecen con motivo de la fianza, entre el fiador y el acreedor, o entre el primero y el deudor. Por consiguiente, estudiaremos las relaciones jurídicas que desde el punto de vista procesal pueden surgir entre el acreedor y el tercero constituyente de la prenda, por lo que toca a las excepciones que éste pueda legalmente oponerle, ya que las relaciones de carácter sustantivo, relativas a los derechos y obligaciones de dichas partes, han sido tratadas también con antelación. Además, ofrece especial interés estudiar las relaciones y consecuencias jurídicas que se presentan entre el tercero constituyente de la prenda, y el deudor, cuando el primero sufre el remate o venta judicial de la cosa dada en garantía, y con su producto se paga la obligación

2.—*Excepciones que puede oponer el tercero constituyente de la prenda, al acreedor.*—Aun cuando el Código no reglamenta esta materia, podemos aplicar por analogía, mutatis mutandi, el régimen de la fianza.

De esta suerte, dicho tercero, podrá oponer al acreedor todas las excepciones inherentes a la obligación principal, que no sean personales del deudor, y las relativas al contrato de prenda mismo.

Las excepciones inherentes a la obligación principal, son todas las formas de extinción de las obligaciones: pago, dación en pago, compensación, novación, remisión, confusión, delegación prescripción liberatoria, nulidad y rescisión.

El tercero constituyente de la garantía, puede invocar las distintas formas de extinción mencionadas, toda vez que en los términos del artículo 2891, extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquier otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda.

3.—*Excepciones que puede oponer el deudor constituyente de la prenda.*—Cuando sea el deudor el que constituya la garantía, podrá oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, así como las relativas al contrato de prenda. Entre las primeras, como es evidente, podrá oponer las que le sean personales, y en cuanto a las segundas, todas las que afecten al contrato mismo de prenda, cuyo estudio haremos en el apartado siguiente.

4.—*Excepciones que puede oponer el deudor o tercero y que son inherentes al mismo contrato de prenda.*—Además de las excepciones inherentes a la obligación principal de que hemos tratado, el deudor o el tercero que constituyó la garantía, pueden oponer las excepciones propias de la prenda misma. Es decir, existen excepciones por vía de consecuencia, que suponen la extinción de la obligación principal, y excepciones por vía directa, que implican la extinción de la prenda misma, o del contrato prendario sin afectar la exigibilidad de la obligación principal. Estas excepciones, como es natural pueden ser opuestas por el que haya constituido la garantía, trátese del deudor o de un tercero.

Respecto a estas excepciones que por vía directa afectan a la prenda, procede distinguir dos grupos: a) Excepciones que implican la extinción del contrato prendario y b) Excepciones que implican la extinción del derecho real de prenda.

a) Excepciones que implican la extinción del contrato prendario. Estas excepciones parten de la base de que el contrato de prenda puede estar afectado de invalidez o ineficacia, a pesar de la validez del con-

trato principal; o bien, que el contrato prendario deba extinguirse por rescisión, cumplimiento de una condición resolutoria, remisión de la prenda exclusivamente, confusión por reunirse en una misma persona las calidades de acreedor prendario y constituyente de la garantía, con las excepciones a que nos hemos referido en el caso de "prenda de propietario", novación en cuanto a la prenda misma, para substituirla por otra garantía, compensación entre el acreedor y el que estableció la prenda etc., etc.

En todos estos casos, el contrato principal subsiste, pero la prenda se ha extinguido y, por consiguiente, puede hacerse valer la excepción relativa.

No deben confundirse los casos de nulidad, rescisión, confusión, novación, remisión, compensación, etc., de la obligación principal, con los casos anteriormente señalados para la extinción del contrato prendario exclusivamente. Por ejemplo, puede existir una remisión de la obligación principal, que motivará la extinción de la prenda por vía de consecuencia; pero además, sólo puede darse el caso de remisión de la prenda misma, dejando subsistente la obligación principal. En la novación, caben ambas situaciones: si se nova la deuda y el acreedor se reserva la prenda con consentimiento del que la constituyó, subsiste la garantía, de lo contrario se extingue por vía de consecuencia; pero además, puede sólo novarse la prenda, para substituirse por hipoteca o fianza, caso en el cual subsiste la relación jurídica principal.

En la compensación, cuando el acreedor prendario es a su vez deudor del constituyente de la prenda, debe hacerse la distinción, según que la garantía se haya concedido por el deudor o un tercero. Si la constituyó el deudor, se opera la extinción de la deuda en el supuesto de que el crédito compensable en contra del acreedor prendario, sea igual o mayor al crédito de éste, caso en el cual se extingue también la prenda; o bien si es menor, subsistirá el crédito prendario por el remanente. Si es el tercero constituyente de la garantía, el que tiene un crédito compensable en contra del acreedor pignoraticio, debe aplicarse el régimen de la fianza consignado por los artículos 2198 y 2199, de tal manera que dicho tercero, antes de ser demandado por el acreedor para la venta de la prenda, no puede oponer a éste la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda principal; pero sí podrá hacerlo, cuando sea solicitada la venta judicial. Además, puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal, siendo evidente que este último no puede oponerse la compensación de lo que el acreedor deba al dueño de la prenda.

b).—Excepciones que implican la extinción del derecho real de prenda. Estas excepciones se fundan en la posibilidad de que el derecho real prendario se extinga, por razones inherentes a la cosa, tales como cuando ésta perezca o se pierda real o jurídicamente según los términos del artículo 2021, bien sea porque se destruya, quede fuera del comercio, desaparezca de modo que no se tenga noticias de ella o que, aun cuando se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar. Asimismo, el derecho real puede extinguirse, cuando se resuelva o extinga el derecho de dominio del propietario constituyente de la prenda, cuando se cumpla la condición resolutoria a que se afecte el mismo derecho real prendario, o en los casos de expropiación o remate judicial de la cosa.

En estos dos últimos casos, así como cuando se paga el seguro constituido sobre la prenda, el derecho real propiamente se traslada al valor obtenido por virtud de la expropiación, remate o pago del seguro, según la tesis de la subrogación real a que ya nos hemos referido.

5.—*Relaciones jurídicas entre deudor y tercero constituyente de la prenda.*—Estas relaciones se originan, cuando el acreedor obtiene la venta de la prenda, y con su producto se hace pago, ya que el derecho debe proteger los intereses del tercero que ha sufrido la venta de un bien de su propiedad, para evitar un enriquecimiento sin causa en favor del deudor.

Estimamos que el régimen de la fianza debe ser aplicado a la prenda, de acuerdo con los siguientes principios:

a).—Si existe convenio especial entre deudor y tercero, para el caso de remate del bien perteneciente a éste, se estará a lo convenido, respetándose la autonomía de la voluntad aun en el caso de que se pacte la irresponsabilidad absoluta del deudor.

b).—Si no existe convenio, pueden presentarse las siguientes situaciones: 1.—La prenda se otorgó con el consentimiento del deudor. 2.—Dicho otorgamiento se llevó a cabo sin su consentimiento, pero con su conocimiento. 3.—La constitución de la prenda se hizo ignorándola el deudor. 4.—Tal constitución se llevó a cabo contra su voluntad.

En las tres primeras situaciones, el tercero que constituyó la garantía, debe llamar a juicio al deudor, cuando se solicite la venta de la prenda (y al efecto ya hemos indicado que para que el procedimiento sea constitucional, debe permitirse la oposición del deudor o tercero, tramitándose sumariamente), a efecto de que oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y las que le sean personales. Además, el tercero debe oponer las excepciones propias de la prenda. Si el deudor no sale al juicio, o si habiendo salido, se remata la cosa empeñada, dicho

tercero deberá subrogarse en los derechos del acreedor prendario, para exigir el pago al deudor, tal como se previene por el artículo 2830 para la fianza: "El fiador que paga (o el tercero constituyente de la garantía que sufre la venta de la cosa), se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor".

Si dicho tercero hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado (artículo 2831).

Si el tercero no llama a juicio al deudor, para que se oponga a la venta de la prenda, y hace el pago para evitar el remate, o sufre éste, el deudor podrá oponerle todas las excepciones que podría haber opuesto al acreedor al tiempo de hacer el pago.

Si el deudor, ignorando que el tercero hizo el pago, por falta de aviso de éste, paga de nuevo, no podrá dicho tercero reclamarle, y sólo podrá repetir contra el acreedor.

Si el tercero pagó para evitar el remate, después de un fallo judicial, y por motivo fundado no hizo saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por dicho tercero teniendo conocimiento de ellas.

El tercero constituyente de la prenda, independientemente del deber que tiene de llamar a juicio al deudor, deberá oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y a la prenda, exceptuando las que sean propias del deudor, siempre y cuando tenga conocimiento de dichas excepciones relacionadas con la deuda. Por esto, en los casos en que desconozca qué excepciones podrían existir, debe llamar a juicio al deudor.

Si no opone las repetidas excepciones, o si no llama a juicio al deudor, éste puede oponerle todas las excepciones que podría haber opuesto al acreedor, inclusive las de carácter personal y las inherentes a la prenda misma, supuesto que es imputable al tercero no haber defendido debidamente el caso.

La cuarta situación a que nos hemos referido, o sea cuando la prenda se constituyó contra la voluntad del deudor, origina sólo en el acreedor un derecho para cobrar a este último, en el caso de remate de la cosa, sólo en la medida en que el citado deudor resulte beneficiado.

En relación con este punto, creemos que también es aplicable por analogía el artículo 2828 del Código Civil vigente, relativo a la fianza, y según el cual: "El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no

tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor".

En el Código anterior, el artículo 1745, negaba todo derecho al fiador, y en nuestro caso, al tercero constituyente de la prenda, para repetir contra el deudor, cuando la garantía se hubiese otorgado contra la voluntad de éste.

El actual Código, tanto en el caso mencionado, como en el relativo al pago ejecutado por tercero contra la voluntad del deudor, sí reconoce un derecho de reembolso o repetición, sólo en la medida para evitar que este último se enriquezca en detrimento de dicho tercero. Es decir, se trata de una aplicación concreta del principio general que prohibe el enriquecimiento sin causa, para evitar que alguien se beneficie a costa de otro sin que medie causa jurídica para tal enriquecimiento.

Huelga decir que en el caso de la prenda, no pueden existir los beneficios de orden y excusión, de que goza el fiador, pues justamente el objeto de la misma, por la constitución del derecho de garantía, es el permitir al acreedor que si el deudor no paga en el plazo estipulado, y no haciéndolo, cuando tenga obligación de hacerlo con sujeción al artículo 2080, pueda pedir al juez la venta de la cosa en pública almoneda, con previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda.

Para finalizar este tema, diremos que debe ser aplicable el régimen de la fianza al de la prenda, para regir las relaciones entre garante y acreedor y garante y deudor.

CAPÍTULO VI

TRANSMISIÓN, DURACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRENDA

1.—*Transmisión.* — El crédito prendario puede transmitirse a un tercero por cesión de derechos, o por subrogación.

La cesión del crédito, trae consigo la transmisión del derecho real prendario, según lo dispone el artículo 2032: "La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente. Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal".

No puede existir transmisión del derecho real prendario, independientemente de la transmisión del crédito, dado el principio de la acce-

soriedad que impera en esta materia, pues carecería de objeto el citado derecho real sin el crédito, supuesto que se define a la prenda como un derecho real constituido sobre cosa mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Si no existe obligación a la cual se ha de garantizar, no puede haber prenda, como derecho real de garantía. Es decir, no puede existir un divorcio o separación desde el punto de vista del sujeto activo, para que se diera el caso de dos titulares, uno del crédito y otro del derecho real prendario.

La subrogación puede ocurrir, según hemos explicado ya, cuando el que adquiere un mueble, paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito pignoraticio anterior a la adquisición. En este caso, el adquirente se subroga en los derechos del citado acreedor, constituyéndose la "prenda de propietario" a que nos hemos referido, para el efecto de que el citado adquirente mantenga el rango que le corresponda como titular del gravamen prendario, frente a otros titulares de gravámenes anteriores o posteriores.

2.—*Posibilidad de constituir prenda para garantizar obligaciones consignadas en documentos civiles a la orden y al portador.*—De acuerdo con lo dicho en el tomo V, v, II, págs. 67 a 85, en nuestro concepto sí continúan vigentes los artículos 1873 a 1881 del Código Civil vigente, que reglamentan los documentos civiles a la orden y al portador, y permiten que por declaración unilateral de voluntad, pueda una persona obligarse otorgando documentos civiles de esa naturaleza, los cuales pueden transmitirse por endoso, si son a la orden o por entrega misma del título, si son al portador.

Se presenta el problema de saber, si se puede constituir prenda civil para garantizar las obligaciones consignadas en tales documentos.

En nuestro concepto, no puede constituirse la prenda por una declaración unilateral del deudor, según hemos explicado ya con antelación, en virtud de que la prenda es un contrato real, que requiere además del consentimiento o acuerdo de voluntades, la entrega de la cosa al acreedor. De esta suerte, no podría el emitente o suscriptor de un documento civil a la orden o al portador, constituir una prenda en el mismo cuerpo del documento, por una declaración unilateral de voluntad, pues para establecerla se requiere un contrato entre deudor y acreedor, con la entrega real o jurídica de la cosa; pero sí es posible, una vez emitido el documento civil a la orden o al portador, constituir la prenda en un contrato accesorio.

En esa virtud, la transmisión del crédito, implicará la transferencia del derecho real prendario, en los términos del artículo 2032, y de acuerdo con los artículos que estimamos aún vigentes (1873 a 1881), la propiedad de los documentos de carácter civil que se extiendan a la orden, se transferirá por simple endoso, que contendrá el lugar y fecha en que se haga, el concepto en que se reciba el valor del documento, el nombre de la persona a cuyo orden se otorgó el endoso y la firma del endosante.

El endoso puede hacerse en blanco con la sola firma del endosante, sin ninguna otra indicación; pero no podrán ejercitarse los derechos derivados del mismo, sin llenarlo con todos los requisitos señalados anteriormente.

Todos los que endosen un documento quedan obligados solidariamente para con el portador, en garantía del mismo, pudiendo hacerse el endoso sin responsabilidad solidaria del endosante, siempre que así se haga constar expresamente al extenderlo.

La propiedad de los documentos civiles que sean al portador, se transfiere por la simple entrega del título.

De acuerdo con lo que hemos expuesto, y para que tenga aplicación lo estatuido por el artículo 2032, a efecto de que la transmisión del crédito, implique la transferencia del derecho real prendario, debe hacerse constar en el título mismo, la existencia del contrato accesorio de prenda, si se otorgan ambos documentos simultáneamente, o bien, el acreedor deberá exigir que dicha constancia se asiente en el mismo título y se firme por ambas partes, cuando el contrato se otorgue con posterioridad, a efecto de que en uno y en otro casos, cuando se transmita el título en alguna de las dos formas indicadas, según sea a la orden o al portador, se entregue también al adquirente el contrato de prenda. Puede, para mayor eficacia y seguridad, hacerse constar la cesión por lo que toca al derecho real, en el mismo contrato, o en un documento por separado, cumpliendo los requisitos de la cesión ordinaria, pero en rigor, el derecho real prendario se transmite, según lo dispone el artículo 2032, como una consecuencia necesaria de la transferencia del crédito operada por el endoso del título, si es a la orden, o por la entrega del mismo si fuere al portador.

En materia de créditos hipotecarios expresamente el artículo 2926 previene en su segundo párrafo que: "Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito".

Queda por consiguiente aclarado que, de no ser por la naturaleza especial del derecho real prendario, que supone un contrato y la entrega de la cosa al acreedor, sí sería posible constituir una prenda para garantizar obligaciones consignadas en documentos civiles a la orden o al portador, mediante declaración unilateral de voluntad del suscriptor de dichos documentos, y por constancia hecha en los mismos. No siendo obstáculo, la naturaleza de esos documentos, que en nuestro concepto sí existen y pueden emitirse en materia civil, razón por la cual admitimos la validez de la prenda constituida en un contrato accesorio que por separado se otorgue para garantizar las obligaciones consignadas en esos documentos.

En cuanto a las excepciones que puedan oponerse al adquirente por endoso o por entrega del título, debemos decir que las inherentes a la prenda misma, que impliquen la extinción del contrato accesorio o del derecho real, sí prosperan en contra de cualquier tenedor del documento; pero en cuanto a las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, debe estarse a lo dispuesto por los artículos 1876 a 1881, de tal manera que para la extinción de la deuda sólo son procedentes las excepciones que se refieren a la nulidad del documento, las que se deriven de su texto o las que se tengan en contra del portador que lo presente, quedando obligado el deudor a pagar a cualquiera que le presente y entregue el título al portador, a menos que haya recibido orden judicial para no hacer el pago. A este efecto, la persona que haya sido desposeída injustificadamente de títulos al portador, sólo con orden judicial puede impedir que se pague al detentador que los presente al cobro.

En cuanto a las excepciones oponibles en el caso de cesión ordinaria, estatuye el artículo 2035 que: "Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión. Si tiene contra el cedente un crédito todavía no exigible cuando se hace la cesión, podrá invocar la compensación, con tal que su crédito no sea exigible después de que lo sea el cedido". De esta suerte, el constituyente de la prenda, en los casos de cesión ordinaria, podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que podría haber opuesto al cedente, según hemos explicado ya.

3.—*Extinción de la prenda.*—Ya este punto propiamente lo hemos agotado al tratar distintas cuestiones anteriores relacionadas con el carácter accesorio de la prenda y con las excepciones oponibles por el deudor o tercero constituyente de la garantía, por consiguiente sólo debe-

mos repetir que la prenda puede extinguirse por vía directa, o por vía de consecuencia; que por vía directa se extingue tanto en los casos que hemos señalado para la extinción del contrato accesorio, como los relativos a la extinción del mismo derecho real prendario. En cuanto a los casos de extinción por vía de consecuencia, ya hemos establecido el principio de que extinguida la deuda, se extingue la prenda, consignando las distintas formas de extinción de la primera.

También en cuanto al renacimiento de la prenda y la posibilidad de que ésta se traslade en los casos de sustitución o subrogación real hemos indicado ya lo esencial al respecto, en las hipótesis de expropiación, remate o pago de la cosa asegurada, así como el caso especial de la dación en pago.

Nota Importante

Consúltense las ejecutorias y jurisprudencia que a continuación se indican, y que aparecen publicadas en el tomo sexto, vol. II del Derecho Civil Mexicano, 3ª ed., México, 1966.

Comodato: ejecutorias que establecen precedentes en cuanto al contrato de comodato, págs. 45 a 47.

Arrendamiento: jurisprudencia y ejecutorias importantes, págs. 186 a 211.

Depósito: ejecutorias que sólo establecen precedentes, págs. 269 a 278.

Mandato: ejecutorias que establecen precedentes, págs. 334 a 379.

La Asociación: ejecutorias que sientan precedentes, págs. 409 a 411.

Sociedad: ejecutorias que sientan precedentes, págs. 485 a 501.

Aparcería: ejecutorias que establecen precedentes, págs. 518 a 523.

Fianza: ejecutorias que determinan precedentes, págs. 632 a 643.

INDICE

TITULO I

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

CAPITULO I

Clasificaciones Generales de los Contratos 7-18

CAPITULO II

Otros Criterios de Clasificación de los Contratos 18-25

TITULO II

PROMESA DE CONTRATO

CAPITULO I

Concepto y Características 26-32

CAPITULO II

Elementos Esenciales y de Validez del Contrato de Promesa 32-37

CAPITULO III

Promesa de Compraventa 38-47

TITULO III

COMPRAVENTA

CAPITULO I

Definición y Evolución de la Compraventa 48-64

CAPITULO II

Clasificación del Contrato de Compraventa 6569

CAPITULO III

Elementos Esenciales de la Compraventa 70-93

CAPITULO IV

Elementos de Validez en la Compraventa 93-110

CAPITULO V

Obligaciones del Vendedor 111-141

CAPITULO VI

Obligaciones del Comprador 142-147

CAPITULO VII

Garantías del Vendedor y del Comprador 147-155

CAPITULO VIII

Modalidades de la Compraventa 155-177

TITULO IV

OTROS CONTRATOS TRASLATIVOS DE DOMINIO

CAPITULO I

La Permuta 178-184

CAPITULO II

La Donación 185-200

CAPITULO III

El Mutuo 200-218

TITULO V

CONTRATOS TRASLATIVOS DE USO

CAPITULO I

Comodato 219-229

CAPITULO II

Arrendamiento 229-236

CAPITULO III

Naturaleza del Derecho del Arrendatario 236-241

CAPITULO IV

Obligaciones del Arrendador 241-247

CAPITULO V

Obligaciones del Arrendamiento 247-258

CAPITULO VI

Subarrendamiento y Cesión de Derechos 259-264

CAPITULO VII

Terminación del Arrendamiento 264-268

CAPITULO VIII

Jurisprudencia Definida Hasta la fecha en Materia de Arrendamiento 269-281

TITULO VI

DEPOSITO Y MANDATO

CAPITULO I

Depósito 282-291

CAPITULO II

Mandato. 291-315

TITULO VII

ASOCIACION Y SOCIEDAD

CAPITULO I

Asociaciones y Sociedades 316-320

CAPITULO II

La Asociación 321-327

CAPITULO III

Sociedad. 327-362

TITULO VIII

LA FIANZA

CAPITULO I

Definición y Clasificaciones 363-366

CAPITULO II

Elementos Esenciales y de Validez del Contrato de Fianza 366-372

CAPITULO III

Diversas Relaciones Jurídicas que Origina la Fianza 372-386

CAPITULO IV

Extinción de la Fianza 386-388

TITULO IX

LA HIPOTECA

CAPITULO I

Definición y Caracterización 389-398

CAPITULO II

Bienes que Pueden Ser Gravados por la Hipoteca 399-415

CAPITULO III

Características Fundamentales de la Hipoteca 416-428

CAPITULO IV

De la Publicidad y Registro de la Hipoteca 428-441

CAPITULO V

Formas de Constitución y Elementos de Validez de la Hipoteca . . . 441-453

CAPITULO VI

Efectos de la Hipoteca 453-459

CAPITULO VII

Acciones Hipotecarias 459-477

CAPITULO VIII

Transmisión y Extinción de la Hipoteca 477-492

TITULO X

LA PRENDA

CAPITULO I

Definición y Bienes Objeto de Prenda 493-498

CAPITULO II

Características y Elementos de la Prenda 498-508

CAPITULO III

Efectos de la Prenda 508-519

CAPITULO IV

Derechos y Obligaciones de las Partes 519-530

CAPITULO V

Relaciones Jurídicas que Origina la Prenda 530-535

CAPITULO VI

Transmisión, Duración y Extinción de la Prenda 535-539

Se terminó de imprimir esta obra
el día 20 de abril de 2001 en los talleres de

IMPRESORES ALDINA, S. A.
Obrero Mundial, 201 – 03100 México, D. F.

9 789700 728056